



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA DE CASACIÓN PENAL**

Magistrado Ponente:

**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.**

Aprobado Acta No. 157.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil trece (2013).

**VISTOS**

La Sala se pronuncia de fondo sobre la demanda de revisión presentada por el Procurador 171 Judicial Penal II de Bogotá, contra la providencia proferida por el Tribunal Superior Militar el 22 de julio de 1991 que, por vía de consulta, confirmó la emitida por el Juzgado de Instancia de la Tercera Brigada del Ejército Nacional con sede en Cali, el 17 de mayo de 1991, por medio de la cual decretó la cesación de procedimiento y consecuente archivo de las diligencias seguidas contra el Teniente **NÉSTOR ARMANDO BELTRÁN DUSSAN**, el Cabo Primero **WILSON ALBERTO CONDE CHILITO**, y los Soldados **ROBINSON GUILLERMO QUIROZ CORREA**, **CARLOS ALBERTO CARDONA NAVIA**, **JULIO CÉSAR CAICEDO ANGULO**, **TEMÍSTOCLES BALANTA CARABALÍ**, **HERNÁN VARONA LIZCANO**, **JORGE DELGAR PARRA HERNÁNDEZ**, **GUSTAVO**



**ADOLFO CAICEDO, LUIS EDUARDO MORA CAICEDO, OMAR EDUARDO ÁLVAREZ MORA, JOSÉ ELDES CAICEDO, LUIS CARLOS ASPRILLA MOSQUERA, WALTER HERNÁNDEZ RAMÍREZ, LUIS EDGAR MONTAÑO VALENCIA y ABEL CHILLAMBO GODOY**, por el concurso homogéneo y sucesivo de tres homicidios en concurso heterogéneo con un delito de lesiones personales.

## HECHOS

El domingo 9 de septiembre de 1990, militares del grupo contraguerrilla adscritos al Grupo de Caballería Mecanizado No. 3 Cabal del Ejército Nacional, en cumplimiento de la orden de operaciones No. 91-GMECA-90 del 27 de agosto de 1990, llegaron hasta la vereda El Sande, jurisdicción del municipio de Santa Cruz de Guachavés (Nariño), en persecución de guerrilleros del XXIX frente de las FARC, y dieron de baja a un centinela del grupo insurgente. En los hechos resultó herido el soldado **JULIO CÉSAR CAICEDO ANGULO**.

Entre tanto, aproximadamente a las 4:00 p.m., la religiosa **Hildegard María Feldman**, de nacionalidad suiza, perteneciente a la orden de las Misioneras Laicas, se encontraba en cumplimiento de su misión pastoral y de atención médica a los campesinos de la región —vereda El Sande de Santa Cruz de



Guachavés—, concretamente en la casa de **José Ramón Rojas Erazo** y de su esposa **Rogelia Marina Leyton**, sitio en que, por demás, funcionaba el dispensario del pequeño poblado y en donde permanecía afectada por quebrantos de salud la señora **Florinda Cruz Rosero**, vecina de una vereda cercana. Cuando la religiosa había constatado las condiciones de la enferma y dialogaba con las otras personas, el inmueble fue baleado por los miembros de la fuerza pública. En el acto, fallecieron **Hildegard María Feldman** y **José Ramón Rojas Erazo**.

Además, en otro sitio del poblado resultó herido en una pierna el señor **Hernando García Zambrano**, quien junto con su esposa **María Graciela Álvarez**, así como con **María del Carmen Guelga de García** y **Segundo Abigail García Torres**, lograron escapar. Al herido le colocaron un torniquete y lo ocultaron entre unas rocas del río Cristal, mientras los demás buscaron refugio en una cueva localizada a pocos metros. No obstante, los militares llegaron hasta el improvisado resguardo de **García Zambrano** y ahí lo ultimaron con armas de fuego.

Durante el tiroteo también resultó herida la señora **Luz Marina Erazo**, quien hubo de permanecer en precarias condiciones de salud hasta el día siguiente —lunes 10 de septiembre de 1990—, cuando uno de los soldados le prestó los primeros auxilios.



El centro de salud ubicado en la residencia de **José Ramón Rojas Erazo**, fue saqueado por los miembros de la fuerza pública que, al tiempo, obligaron a los pobladores del caserío a permanecer acostados, primero en el piso de una cancha y posteriormente en la iglesia, en donde debieron amanecer. Luego, algunos fueron obligados a trasladar los cadáveres hasta las proximidades de la escuela, y posteriormente se les ordenó sepultarlos.

## ACTUACIÓN PROCESAL

Las primeras diligencias fueron adelantadas por la señora Juez Promiscuo Municipal de Santa Cruz de Guachavés el 12 de septiembre de 1990, quien se desplazó hasta el lugar de los hechos, dispuso la exhumación de los cadáveres, ordenó la práctica de las necropsias, llevó a cabo la inspección judicial a una de las casas de El Sande y recibió los testimonios de los militares *Germán Darío Otálora Amaya* (Subteniente), **NÉSTOR ARMANDO BELTRÁN DUSSAN** (Teniente) y *Julio César Caicedo Angulo* (Soldado); así como de los civiles residentes en el caserío, *Omaira Deyanira Torres*, *Manuel Mesías Oviedo*, *Célimo Álvarez* y *José Domingo Rodríguez Pantoja*.

En atención a la orden impartida por la Dirección de Instrucción Criminal, la indagación preliminar fue asumida por el



entonces Juzgado de Orden Público de Pasto el 13 de septiembre del mismo año, en curso de la cual practicó varias pruebas, entre las que se cuentan los testimonios de la doctora *Sandra Bastidas González* (Juez Promiscuo Municipal de Santa Cruz de Guachavés), *Jairo Chamorro Ceballos* (Sacerdote de Santa Cruz de Guachavés), *Omar Salcedo Guerrón* (Alcalde de Santa Cruz de Guachavés), *Luz Marina Erazo* (civil lesionada), *Armando Cajiao Ortiz* (mayor del ejército) y del doctor *Gerardo Antonio Cifuentes Maya* (Director del hospital de Samaniego).

El Juzgado de Orden Público, por auto del 26 de septiembre de 1990, dispuso que se enviara copia de lo actuado al Juzgado Dieciocho de Instrucción Penal Militar, con sede en Pasto, autoridad que el día 25 de los mismos mes y año había ordenado la apertura de investigación y la vinculación, mediante indagatoria, del "...personal militar que en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en el proceso sea considerado como autor o partícipe del ilícito."

En desarrollo de la misma, el investigador militar escuchó los testimonios de *Germán Darío Otálora* (subteniente), *Rigoberto Velasco Maldonado* (cabo primero), *Armando Cajiao Ortiz* (mayor), *Luis Carlos Burbano* (soldado), *Ignacio Arturo Riascos* (soldado), *César Augusto Posada* (cabo segundo), *Miguel Ángel Nieto* (capitán), *Benjamín Chaguendo Taquez* (soldado), *Rubén Darío Guarín* (cabo segundo), *Walter Orlando Salazar* (soldado), *Jorge*



*Iván Cañas (soldado), Orlando Castillo Castañeda (soldado), Roberto García Callejas (sargento), Wilfredo Mejía Huertas (cabo primero), Luis Alfonso Orejuela (soldado), Wilson Ordóñez Preciado (soldado), Tito Libio Mafla (soldado), José Antonio Guerrero (soldado), Marco Antonio Patiño (soldado), José Wilson Aldana (cabo segundo), Carlos Alberto Llanos (soldado), John Jairo López (soldado), Álvaro José Delgado (soldado), Lucindo Tenorio Osorio (soldado), Haumer Trujillo Vargas (soldado), Fredy Villafañez González (soldado), Roger Augusto Cortéz (soldado), Diego Fernando Patiño (soldado), Omar Galindes García (soldado) Luis Hernández Rosero (soldado), Nelson Piaun Castro (soldado), José Orlando Gómez (soldado), Eliécer Rodríguez (soldado), Henry López Lara (soldado), Gabriel Rengifo Ángel (soldado), Jesús Moisés Molina (soldado), Omar Ortiz Chávez (soldado), Jorge Enrique Castillo (soldado).*

Asimismo, recibió los testimonios de los civiles *Luis Augusto Morán Andrade (profesor), José Antonio Rodríguez Cerón (profesor), Manuel Mesías Oviedo García, Luz Marina Erazo (civil lesionada), Luis Antonio Torres Bastidas, Rogelia Marina Leyton, María Graciela Álvarez Pantoja, Isabel Portilla de Erazo, Gladis Concepción Rojas Leyton, José Pedro Hernández Salazar (inspector de policía de El Sande), José Jeremías Álvarez Melo, Miguel Ángel Álvarez, Célamo Álvarez, Segundo Abigail García y María del Carmen Guelga de García.*



Igualmente, escuchó en indagatoria a **ROBINSON GUILLERMO QUIROZ CORREA** (soldado), **CARLOS ALBERTO CARDONA NAVIA** (soldado), **JULIO CÉSAR CAICEDO ANGULO** (soldado), **NÉSTOR ARMANDO BELTRÁN DUSSAN** (teniente), **WILSON ALBERTO CONDE CHILITO** (cabo primero), **TEMÍSTOCLES BALANTA CARABALÍ** (soldado), **HERNÁN VARONA LIZCANO** (soldado), **JOSÉ DELGAR PARRA HERNÁNDEZ** (soldado), **GUSTAVO ADOLFO CAICEDO** (soldado), **LUIS EDUARDO MORA CAICEDO** (soldado), **OMAR EDUARDO ÁLVAREZ** (soldado), **JOSÉ ELDES CAICEDO** (soldado), **LUIS CARLOS ASPRILLA MOSQUERA** (soldado), a quienes el Juzgado Dieciocho de Instrucción Penal Militar les definió la situación jurídica por auto del 19 de noviembre de 1990, absteniéndose de imponerles medida de aseguramiento.

El 10 de diciembre de 1990, el Juzgado Dieciocho de Instrucción Penal Militar declaró ausentes a los soldados **WALTER HERNÁNDEZ RAMÍREZ**, **LUIS EDGAR MONTAÑO VALENCIA** y **ABEL CHILLAMBO GODOY**; y, en el mismo proveído les resolvió la situación jurídica en los mismos términos de los anteriores.

Del mismo modo, se allegaron las correspondientes actas de necropsia y el dictamen médico legal sobre las lesiones sufridas por la señora *Luz Marina Erazo* (civil lesionada). También se certificó la vinculación de los procesados a la institución militar,



documentándose también que se hallaban en servicio para el día y hora de los hechos.

Las diligencias, en ese estado, se enviaron al Juzgado de Instancia de la Tercera Brigada del Ejército con sede en Cali, dependencia que emitió el auto del 17 de mayo de 1991, en el cual resolvió "*Declarar que dentro de la presente investigación adelantada por los delitos de Homicidio y Lesiones Personales no existe mérito para convocar un Consejo de Guerra...*" y, en consecuencia, dispuso "*Cesar todo procedimiento (...), adelantado contra el siguiente personal militar: SL QUIROZ CORREA ROBINSON GUILLERMO, SL. CARMONA (sic) CARLOS ALBERTO, SL. CAICEDO ANGULO JULIO CÉSAR, SL. BALANTA CARABALÍ TEMÍSTOCLES, SL. BARONA LIZCANO HERNÁN, SL. PARRA HERNÁNDEZ JOSÉ DELGAR, SL. CAICEDO GUSTAVO ADOLFO, SL. MORA CAICEDO LUIS EDUARDO, SL. ÁLVAREZ OMAR EDUARDO, SL. CAICEDO JOSÉ ELDES, SL. ASPRILLA MOSQUERA LUIS CARLOS, CP. CONDE CHILITO WILSON, TE. BELTRÁN DUSSAN NÉSTOR, SL. HERNÁNDEZ RAMÍREZ WALTER, SL. MONTAÑO VALENCIA LUIS EDGAR y SL. CHILLAMBO GODOY ABEL...*"

El juzgador, para ese efecto, partió de admitir definida la tipicidad objetiva de los hechos, particularmente, la muerte de *Hildegard María Feldman, José Ramón Rojas Erazo, Hernando García Zambrano*, y de un N.N., conforme lo demuestran las necropsias y los registros civiles de defunción; así como las lesiones sufridas por la señora *Luz Marina Erazo*, cuya materialidad se probó con los certificados médico legales.



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written in a cursive style.

Luego advierte que aparece abundante prueba en el diligenciamiento con la que se respalda que el actuar de los procesados se enmarcó en el cumplimiento de actos del servicio, y precisamente en desarrollo de la misión que se les había encomendado de enfrentar grupos subversivos, respondieron un ataque del cual fueron víctimas por parte de los guerrilleros que se encontraban en la vereda El Sande del municipio de Santa Cruz de Guachavés.

De acuerdo con la declaración del teniente *Germán Darío Otálora Amaya*, la tropa llegó al sitio y de inmediato fueron atacados por el centinela de los subversivos, acto en el que resultó herido el soldado **JULIO CÉSAR CAICEDO ANGULO** y que ante la situación, los militares reaccionaron y dispararon contra sus agresores, al tiempo que otra patrulla que se desplazaba cerca al río Cristal debió abrir fuego contra otros insurgentes, dando de baja a uno de ellos a quien se le encontró un fusil; mientras que en la vivienda de *Ramón Rojas* hallaron otra de esas armas de fuego, estopines, granadas y documentos, versión que consideró el Juez Penal Militar corroborada con los testimonios del cabos *Rigoberto Velasco Maldonado* y *César Augusto Posada*, así como de los soldados, *Eliécer Rodríguez*, *Gabriel Rengifo Ángel*, *Luis Hernández Rosero*, *Molina Pantoja*, *Ortiz Chávez*, *Jorge Enrique Castillo*, *Luis Carlos Burbano*,



*Ignacio Riascos Prado, Benjamín Chaguendo Taquez, Walter Orlando Salazar y Jorge Iván Cañas Herrera.*

Reseña que declararon sobre la llegada del Ejército al caserío y el enfrentamiento que los militares sostuvieron, los civiles *Omaira Deyanira Torres, Manuel Mesías Oviedo, Célmo Álvarez y Domingo Rodríguez Pantoja*. Se refirió al testimonio del sacerdote *Jairo Chamorro Ceballos*, quien planteó dudas sobre las circunstancias en las que fallecieron las cuatro personas. Al igual que alude a la versión de *Luz Marina Erazo*, que relata haber sido herida por los militares, y que en el mismo sentido depusieron su esposo *Miguel Álvarez* y los vecinos *Jeremías Álvarez Melo y Célmo Álvarez*.

Sobre la forma como fallecieron la misionera *Hildegard María Feldman* y el señor *José Ramón Rojas Erazo*, explicó la primera instancia que dieron testimonio sus familiares *Rogelia Marina Leyton de Rojas y Gladis Concepción Rojas*, parientes de *José Ramón*, que también admitieron que a su casa llegaban "muchachos o compañeros" y que ese día habían estado allí y habían ido al río.

En lo que concierne a la muerte de *Hernando García Zambrano*, dice el Juez que fueron escuchados los testigos *María Graciela Álvarez, Segundo Abigail García y María del Carmen Guelga de García*, quienes reconocen haber huido en medio de la



"refriega", momento en el cual *Hernando García* fue herido en una pierna, "...pero culminan sugiriendo que los soldados acabaron con su vida pues dispararon algunas ráfagas. No obstante no se dieron cabal cuenta de la manera como se produjo la muerte de GARCÍA."

Empero, el mayor *Armando Cajiao Ortiz* y el capitán *Miguel Ángel Nieto Espejo*, sostuvieron que las bajas se ocasionaron durante un enfrentamiento armado entre el Ejército y la subversión, sin que pudiera determinarse que las muertes de los civiles las hubiesen ocasionado las tropas o los guerrilleros, porque "...bien pudo resultar del cruce de disparos, dentro del desarrollo del combate."

En el expediente aparece la relación de las armas y del material incautado y que se probó la presencia de guerrilleros de las FARC en la población de El Sande, al igual que el desplazamiento de los militares se hizo en cumplimiento de operaciones del Comando del Grupo Mecanizado Cabal.

Por último, destaca que los procesados vinculados mediante indagatoria declararon haber sido atacados con armas de fuego por los guerrilleros desde varios puntos, especialmente desde la casa del señor *Ramón Rojas*, por lo que se vieron obligados a repeler el fuego.



A partir de las evidencias relacionadas, consideró la primera instancia que las conductas ejecutadas por el personal militar estaban justificadas, puesto que lo ocurrido se enmarcaba en el enfrentamiento sostenido entre el Ejército y los terroristas que días antes habían atacado el puesto de policía de la cabecera municipal que, al ser sorprendidos por la tropa en El Sande, abrieron fuego causándole heridas al soldado **JULIO CÉSAR CAICEDO ANGULO**, siendo ese un "...comportamiento en sí injusto, arbitrario, lo que motivó la reacción de la patrulla con los resultados ya conocidos." Así que la muerte de *Hildegard María Feldman* y *José Ramón Rojas Erazo*, resultó inevitable, puesto que desde la casa en donde estas personas estaban se hostigaba a los miembros de la fuerza pública, quienes para eliminar el peligro que se cernía sobre sus vidas no tuvieron más alternativa que disparar en esa dirección sobre los sujetos que los atacaban, y sobre los que predica haber ocupado una posición privilegiada en relación con los soldados, sin que hubiese manera de evitar el resultado, "...porque si bien podría pensarse que era previsible al tenor del Artículo 18 del Código Penal Militar, la necesidad de la defensa superaba toda discusión en el ámbito de la voluntad pues le era exigible el comportamiento de disparar sobre el objetivo donde presumía con sobradas razones, porque era evidente que desde allí se disparaba, que individuo o individuos amenazan con matar a los miembros de la contraguerrilla."

De ahí que el comportamiento de los procesados se hubiese justificado por el Juez Penal Militar, al considerar que



habían actuado en estricto cumplimiento de un deber legal; por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno, contra injusta agresión actual o inminente; y, por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente.

No fue desproporcionada la legítima defensa, porque los procesados dispararon para preservar sus vidas, frente al ataque de los subversivos que accionaban las armas en mejor posición.

Y, las acciones investigadas y de las cuales derivaron la muerte de *Hernando García* y las lesiones de *Marina Erazo*, obedecieron a un caso fortuito.

Así resumió el punto la primera instancia:

*“Debe este Comando hacer expresa mención que mientras la actitud referida a la muerte de la misionera Suiza y el particular RAMÓN ROJAS, está justificada como se expresó en acápite anteriores, el deceso del particular HERNANDO GARCÍA y las lesiones de la señora MARINA ERAZO, se encuentran enmarcados dentro de las causales señaladas en el artículo 26 del Código Penal Militar por cuanto que la conducta corresponde al denominado caso fortuito, puesto que en el cruce de disparos, infortunadamente, aquellos resultaron afectados y francamente que no le era factible al personal militar evitar el resultado.”*

Añadió el funcionario:

*“Era materialmente imposible para los servidores del Estado distinguir entre los verdaderos criminales que disparaban sus armas en contra de las tropas y aquellos*



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written over a horizontal line.

*moradores de la población que quizás en un momento de fatal determinación decidieron desplazarse de un lugar a otro colocándose al alcance de los proyectiles.*

*No se agredió, pues, de manera inmisericorde, como se hace creer por parte de algunos habitantes de El Sande, a la población civil, pues no eran precisamente aquellos ciudadanos de bien, a quienes el Ejército Nacional debe su protección en sus vidas y haciendas, los enemigos del Régimen Constitucional y de la Seguridad Pública que atacaron a las Fuerzas Militares.”*

El proceso culminó con cesación de procedimiento en primera instancia, y corrió el grado jurisdiccional de la consulta ante el Tribunal Superior Militar, en donde se dio traslado al Ministerio Público, para que emitiera su concepto.

El Fiscal delegado solicitó del Tribunal que se inhibiera de conocer, porque consideró que en este caso no era procedente el grado jurisdiccional de la consulta.

Finalmente, el 22 de julio de 1991, el Tribunal Superior Militar examinó el auto interlocutorio de primer grado y concluyó en su justeza, reiterando que se había acreditado debidamente la materialidad de los hechos, porque realmente se produjeron las muertes y las lesiones objeto de investigación. Sin embargo, explicó que esos acontecimientos, de acuerdo con los testimonios del mayor *Armando Cajiao Ortiz* y del capitán *Miguel Ángel Nieto Espejo*, fueron el resultado de un enfrentamiento entre



miembros del Ejército y guerrilleros de las FARC, sin que pudiera determinarse con exactitud la autoría.

Insiste en que las acciones se desarrollaron de acuerdo con lo narrado por el teniente *Germán Darío Otálora Amaya*, quien explicó que la tropa llegó al sitio y fue repelida por el fuego del vigía de la guerrilla que disparó desde la casa en donde fueron hallados los cadáveres de los civiles *Hildegard María Feldman* y *José Ramón Rojas Erazo*, así como que otra patrulla dio de baja a un subversivo cuando se desplazaban cerca al río. Versión que respaldaron los cabos *Rigoberto Velasco Maldonado* y *César Augusto Posada*, aparte de haber declarado en similares términos los demás militares que integraban el grupo que ese día tuvo contacto con los terroristas.

Con todo, descartó el Tribunal las versiones de *Luz Marina Erazo*, *Rogelia Marina Leyton* y *Gladis Concepción Rojas*, porque:

*“No existe duda procesal que la patrulla militar que aparece comprometida en esta investigación se encontraba cumpliendo un operativo especial por cuanto perseguía a la columna de las FARC que habían asaltado la población de Guachavés destruyendo el Cuartel de la Policía y apoderándose del material de guerra, el mismo frente que posteriormente luego de ocupar la vereda El Sande fuera sorprendido por esta patrulla militar presentándose un intercambio de disparos que culminó con los resultados ampliamente conocidos.*



*Al haberse probado ampliamente que los militares que fueron vinculados a este proceso mediante indagatoria obrando bajo las causales de justificación consagradas en los numerales 1°, 4° y 5° del artículo 26 del código penal militar, esto es, estricto cumplimiento de un deber legal, necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión y la necesidad de defender un derecho propio o ajeno no evitable de otra manera y no existiendo exceso en su accionar, el fallador de derecho decidió cesar todo procedimiento adelantado contra ellos por la vía directa del artículo 316 del código penal militar.”*

Como quiera que la citada disposición (art. 316 C.P.M.) permitía adoptar la decisión objeto de consulta en cualquier estado del proceso, cuando se hubiese comprobado que se había obrado amparado por una causal excluyente de antijuridicidad, concluyó la segunda instancia:

*“En el caso sub-examine aparecen plenamente probadas tres causales de antijuridicidad con prueba que no fue legalmente controvertida en autos. Por manera que siendo ello así y sin necesidad de otras consideraciones la Sala confirmará el auto materia de la consulta.”*

## LA DEMANDA

Contra esa providencia que adquirió la condición de cosa juzgada, el Procurador 171 Judicial II Penal de Bogotá, actuando por comisión conferida por el Procurador General de la Nación, presentó demanda de revisión con fundamento en la hipótesis



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written over the printed name.

deducida por la Corte Constitucional en la sentencia C-004 de 2003, al interpretar el numeral 3º del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, la cual está hoy regulada en el numeral 4º del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, esto es *"Cuando después del fallo en proceso por violaciones a derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respeto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar la existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates"*.

Al comienzo de la demanda, el representante del Ministerio Público relaciona el acontecer fáctico, y lo adelantado procesalmente por la Justicia Penal Militar.

Afirma que *José Ramón Rojas Erazo, Hildegard María Feldman y Hernando García Zambrano*, no agredieron a los integrantes del Ejército Nacional que ingresaron al caserío de El Sande el día en que aquellos fallecieron como consecuencia de la arremetida que sin requerimiento previo emprendieron en su contra los uniformados, ejecutándolos en la más absoluta indefensión, incluso cuando uno de ellos apenas trataba de ocultarse entre unas rocas. Ello sin contar con que los militares saquearon el centro de salud del pequeño poblado.



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written over the page number and case name.

Explica el Delegado que su pretensión se sustenta en el informe número 15 de 1995, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, emitido en el caso número 11010, en el que se analizaron los hechos ocurridos en la vereda El Sande del municipio de Santa Cruz de Guachavés, en curso de los cuales perdieron la vida la religiosa suiza *Hildegard María Feldman* y los colombianos *José Ramón Rojas Erazo* y *Hernando García Zambrano*, atribuibles a agentes del Estado, concretamente militares, cuyo accionar contravino el artículo 4 (Derecho a la vida) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al tiempo que determinó haberse desconocido los artículos 8 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial) del mismo estatuto.

En el referido informe, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomendó llevar a cabo una investigación completa, imparcial y efectiva por parte de la jurisdicción ordinaria.

Señala que la Corte Suprema de Justicia ha seguido los lineamientos trazados por la Corte Constitucional, a partir de los cuales se impone remover la cosa juzgada en casos como éste que constituyen violación grave a los derechos humanos, sin que se requiera prueba nueva, siempre que previamente una instancia internacional de protección hubiese determinado el incumplimiento protuberante del Estado colombiano a sus



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written over a horizontal line.

obligaciones de investigar seria e imparcialmente tales violaciones.

En consecuencia, solicita de la Corte que se declare fundada la causal de revisión invocada, se dejen sin efecto las providencias proferidas y se remita la actuación a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación, por ser competente para investigar la conducta de los uniformados implicados.

Anexó a la demanda los siguientes documentos:

-Copia del escrito fechado el 22 de marzo de 2011, por medio del cual el señor Procurador General de la Nación, lo comisionó para presentar la demanda de revisión.

-Copia del Informe No. 15 del 13 de septiembre de 1995, en el caso 11.010 Colombia, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

-Copia de las providencias de primera y segunda instancias, proferidas el 16 de mayo y el 22 de julio de 1991, por el Juzgado de Instancia de la Tercera Brigada del Ejército con sede en Cali y el Tribunal Superior Militar, respectivamente, en las cuales se cesó el procedimiento a favor de **NÉSTOR ARMANDO BELTRÁN**



**DUSSAN**, el Cabo Primero **WILSON ALBERTO CONDE CHILITO**, y los Soldados **ROBINSON GUILLERMO QUIROZ CORREA**, **CARLOS ALBERTO CARDONA NAVIA**, **JULIO CÉSAR CAICEDO ANGULO**, **TEMÍSTOCLES BALANTA CARABALÍ**, **HERNÁN VARONA LIZCANO**, **JORGE DELGAR PARRA HERNÁNDEZ**, **GUSTAVO ADOLFO CAICEDO**, **LUIS EDUARDO MORA CAICEDO**, **OMAR EDUARDO ÁLVAREZ MORA**, **JOSÉ ELDES CAICEDO**, **LUIS CARLOS ASPRILLA MOSQUERA**, **WALTER HERNÁNDEZ RAMÍREZ**, **LUIS EDGAR MONTAÑO VALENCIA** y **ABEL CHILLAMBO GODOY**.

-Constancia del 20 de enero de 2011, expedida por la Secretaría del Tribunal Superior Militar, señalando que la decisión quedó ejecutoriada el 5 de agosto de 1991.

## **ACTUACIÓN SURTIDA EN LA CORTE**

La demanda fue admitida mediante auto del 9 de junio de 2011, en el cual se ordenó al Juzgado Tercero de Brigadas con sede en Cali allegar el proceso seguido contra **NÉSTOR ARMANDO BELTRÁN DUSSAN**, el Cabo Primero **WILSON ALBERTO CONDE CHILITO**, y los Soldados **ROBINSON GUILLERMO QUIROZ CORREA**, **CARLOS ALBERTO CARDONA NAVIA**, **JULIO CÉSAR CAICEDO ANGULO**, **TEMÍSTOCLES BALANTA CARABALÍ**, **HERNÁN VARONA LIZCANO**, **JORGE**



**DELGAR PARRA HERNÁNDEZ, GUSTAVO ADOLFO CAICEDO, LUIS EDUARDO MORA CAICEDO, OMAR EDUARDO ÁLVAREZ MORA, JOSÉ ELDES CAICEDO, LUIS CARLOS ASPRILLA MOSQUERA, WALTER HERNÁNDEZ RAMÍREZ, LUIS EDGAR MONTAÑO VALENCIA y ABEL CHILLAMBO GODOY;** de igual forma, se dispuso recabar copia de lo actuado en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 11.010.

Efectivamente, del Ministerio de Relaciones Exteriores, se obtuvo copia del informe No. 15/95, en el cual se detallan las actuaciones seguidas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso N° 11.010.

También se recabó el original del proceso que con radicación 13.510, se siguió por la justicia Penal Militar y culminó con la declaratoria de cesación de procedimiento.

Luego de adelantar ingentes esfuerzos para notificarles personalmente a los beneficiados con las decisiones de la justicia penal militar cuya revisión se demanda, se determinó que **NÉSTOR ARMANDO BELTRÁN DUSSAN, GUSTAVO ADOLFO CAICEDO y ABEL CHILLAMBO GODOY,** habían fallecido conforme consta en los respectivos registros de defunción; y, por no haberse podido llevar a cabo las notificaciones respecto de **JULIO CÉSAR CAICEDO ANGULO y LUIS CARLOS ASPRILLA MOSQUERA,** luego de ser emplazados, por auto del 7 de marzo



de 2012, a estos últimos se les declaró personas ausentes designándoseles defensores de oficio.

En auto del 9 de mayo de 2012, la Sala negó las solicitudes probatorias elevadas por los defensores de **LUIS CARLOS ASPRILLA MOSQUERA**, **JOSÉ DELGAR PARRA HERNÁNDEZ**, **LUIS EDUARDO MORA CAICEDO** y **WILSON ALBERTO CONDE CHILITO**; y, el día 30 de los mismos mes y año, se corrió traslado a las partes para la presentación de alegatos de conclusión.

## **ALEGATOS DE LOS INTERVINIENTES**

### **1. Defensora de CARLOS ALBERTO CARDONA NAVIA.**

Luego de referirse a la obligación de prestar el servicio militar, señala que los miembros de la fuerza pública deben cumplir las órdenes impartidas por sus superiores, siempre que no se los impidan circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, de lo cual informarán a sus mandos.

Destaca que el compromiso en relación con los mandatos proferidos por los militares, es de quien los emite y no de las personas que los ejecutan. Por esa razón no hay responsabilidad cuando se actúa en estricto cumplimiento de un deber legal y a su



defendido no se le pueden reprochar esos hechos, lo cual quedó ratificado con la decisión de cesar el procedimiento a su favor.

En relación con lo que denomina excepción de caducidad de la acción explica la defensora:

*“La acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas. Cuando después de la sentencia aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad. (CAPÍTULO IX ACCIÓN DE REVISIÓN. Artículo 232 del C.P.P.).*

*Si con anterioridad se dictaron dos decisiones en la cual (sic) se cesa todo tipo de procedimiento con fundamento en el acervo probatorio.*

*No queda duda alguna y/o interrogante ya que se realizó todo el procedimiento en cuanto el ordenamiento jurídico.”*

Considera que su asistido actuó al amparo de las causales de justificación que dedujeron las instancias (artículo 32, numerales 1, 4 y 5 del Código Penal Militar) y “...por tal motivo dicha conducta es atípica”, con mayor razón porque no dirigió el ataque contra la población civil, sino contra los guerrilleros que estaban en el río.

Solicita de la Corte “...se confirme una vez más la Cesación de todo procedimiento en contra de mi poderdante el señor CARLOS ALBERTO CARDONA NAVIA. Según la ley 1407 de 2010 (Código Penal Militar) en su ARTÍCULO 33. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: 1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.”



## 2. Intervención del Procurador 171 Judicial Penal

### II.

De manera puntual, el Procurador Judicial advierte que aparte de las declaraciones defensivas de los procesados, ninguna evidencia muestra que los militares hubiesen sido atacados desde la vivienda de *José Ramón Rojas Erazo*, al punto que no resultaron guerrilleros heridos en ese inmueble, en donde sólo permanecían civiles, en su mayoría mujeres.

Agrega que intempestivamente, sin que mediara algún llamado, los miembros del Ejército Nacional abrieron fuego contra la casa del señor *Rojas Erazo*, en donde fallecieron éste, la religiosa *Hildegard María Feldman* y resultó herido *Hernando García Zambrano*, quien posteriormente fue ejecutado por la fuerza pública cuando se refugiaba indefenso en el río.

La agresión contra la casa de *José Ramón Rojas Erazo*, fue desproporcionada e insidiosa, si se tiene en cuenta que el centinela de la guerrilla ya había sido dado de baja y ningún peligro representaba para la patrulla militar.

*"En ese orden, la infracción grave a los derechos humanos de los campesinos y agricultores ejecutados encuentra plena correspondencia con las garantías que se pretende proteger por ante instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 4), pues*



*la integridad física y la vida de estas personas fue alevemente irrespetada por las fuerzas del Estado.”*

Hernando García Zambrano no era miembro del grupo subversivo, porque la prueba indica que era un campesino de la zona, ejecutado fuera de combate cuando estaba herido e inerme y, en consecuencia, no se le podía calificar de objetivo militar. Por el contrario, tenía que ser protegido de acuerdo con el Protocolo de Ginebra, por lo que su muerte fue una grave infracción al Derecho Internacional Humanitario.

La investigación por esos hechos debió asumirla la justicia ordinaria, puesto que los atentados contra la vida e integridad personal de estas personas constituyó una extralimitación en las funciones institucionales de los servidores que actuaron por fuera del marco constitucional y legal vigente para la época, cuya instrucción no debió asumir la jurisdicción militar, para garantizar de esa forma los derechos de protección judicial y garantía judicial previstos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, máxime porque la investigación no cumplió con la satisfacción de verdad y justicia, al cesar el procedimiento en corto lapso, sin recaudar las pruebas de forma eficiente e integral.

Entonces, es procedente la acción de revisión, porque (i) se confirmó una afrenta a los derechos humanos o una grave infracción al derecho internacional humanitario; y, (ii) se acreditó



la decisión de un órgano internacional de supervisión y control de derechos humanos aceptado formalmente por Colombia, que constató el incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente esas violaciones.

Destaca que el contacto de los pobladores de El Sande con miembros de la guerrilla no obedecía a la voluntad de aquellos, sino a que estaban obligados a convivir con la insurgencia, especialmente *José Ramón Rojas*, sin que por esa imposición pudiera estigmatizarse a los campesinos ni imputárseles la condición de victimarios, lo cual parece ser el motivo que impulsó a la tropa para arremeter contra la humilde vivienda "...con los lamentables resultados sobre la indefensa población civil, violentada y saqueada, en lugar de amparada y protegida por la gendarmería institucional."

El fuego dirigido contra la morada de *José Ramón Rojas*, que afectó vidas de civiles, sumado a la ejecución extrajudicial de *Hernando García Zambrano*, son acciones que constituyen infracciones "...graves a los derechos humanos de una población campesina que sufre los rigores de la guerra no internacional, es víctima de la guerrilla y además continúa siéndolo, para su infortunio, en este caso, del estamento militar que juró resguardarlo, no violentarlo. Que no tomó precauciones, distinciones, proporciones, con todo el conocimiento que tenía de la presencia allí esa tarde del fuego enemigo." Por esa razón, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó, en la resolución 15/95, caso 11.010 Colombia:



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written over a horizontal line.

*“Que el Gobierno de Colombia no ha dado cumplimiento a las normas contenidas en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptando con arreglo a sus procedimientos constitucionales y legales vigentes, las medidas legislativas o de otro carácter, necesarias para hacer efectivo el derecho de las personas a obtener que se les haga justicia sancionando a los miembros de la fuerza pública en servicio activo, quienes, en desempeño de actos del mismo servicio, violaron el derecho a la vida.”*

De esa forma –añade– se satisfacen las exigencias previstas en la jurisprudencia, en especial en la sentencia C-004 de 2003 de la Corte Constitucional, y en los fallos de la Corte Suprema de Justicia.

Acorde con ello, concluye que están reunidas las exigencias para que se revise la decisión por la que el Juzgado Tercero de Brigadas con sede en Cali cesó el procedimiento el 17 de mayo de 1991 y la del Tribunal Superior Militar que confirmó esa providencia el 22 de julio del mismo año.

Por último, solicita de la Sala de Casación Penal *“...la revocatoria de dichas determinaciones ordenándose rehacer el proceso por la jurisdicción ordinaria, enviándose las diligencias con destino a la Fiscalía General de la Nación Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH por razones de competencia para que se investigue la conducta de los uniformados (...), por los hechos relatados al inicial acápite de este planteamiento constitutivos de graves infracciones a los derechos Humanos.”*



**3. Defensora de TEMÍSTOCLES BALANTA CARABALÍ y ROBINSON GUILLERMO QUIROZ CORREA.**

En conciso escrito se limita a solicitar de esta Corporación, "...confirmar el fallo absolutorio, que fuera impugnado en REVISIÓN por el Ministerio Público, teniendo en cuenta que de las pruebas ordenadas por el despacho, ninguna de las practicadas o allegadas al proceso en trámite de revisión, demuestra que los aquí referenciados tuvieron responsabilidad alguna en los hechos por los cuales fueron investigados durante el proceso ordinario. Si ello es así, no puede este Tribunal extraordinario, revisar el fallo demandado, ya que durante este trámite revisional ninguna prueba arroja resultados contra mis patrocinados."

**4. Defensora de WILSON ALBERTO CONDE CHILITO.**

Niega que los militares hubiesen disparado contra la casa de José Ramón Rojas Erazo, y ocasionado la muerte de éste y de la religiosa suiza Hildegard María Feldman, porque a El Sande arribaron dos pelotones en busca de unos guerrilleros de quienes sabían que se dedicaban al proselitismo en ese sector y en ese momento se enfrentaron con un centinela del grupo ilegal a quien dieron de baja.



Afirma que a continuación otros subversivos que se encontraban cerca a la casa del señor *Rojas Erazo*, agredieron a los uniformados.

A su juicio, *Hernando García Zambrano* murió en combate, cuando se enfrentó a los militares en el río Cristal.

Explica que uno fue el hecho en el que resultó muerto el guerrillero y otro en el que fallecieron los civiles, y con posterioridad *Hernando García Zambrano*, empero debe tenerse en cuenta que **WILSON ALBERTO CONDE CHILITO** sólo participó en el primero, lo que ocurrió como reacción al ataque del centinela y en "*franca lid*".

*"Sobre los hechos que produjeron los fallecimientos de Ramón Rojas, Hildegard Feldman, Hernando García, así como el supuesto saqueo, no tiene WILSON ALBERTO CONDE CHILITO ningún conocimiento ya que no tuvo ninguna participación, y de esos acontecimientos se enteró de oídas, posteriormente."*

El soporte jurídico de la acción de revisión en este caso, lo constituye "...es la "decisión" emanada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos...", empero esa no es una decisión, sino un informe que termina con una conclusión e incluye unas recomendaciones.



Asimismo, advierte que contrario a lo que afirma el delegado de la Procuraduría, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no recomendó sancionar a los militares responsables. Aduce que *"...brilla por su ausencia la investigación completa, imparcial y efectiva dado que en esta demanda se le negó al demandado toda posibilidad probatoria de su inocencia."* Y, destaca que los informes de la aludida Comisión no obligan al Estado Colombiano, *"...del cual forma parte la Corte Suprema de Justicia."*

Censura que la Procuraduría no hubiese acreditado la infracción grave a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, *"Y no lo hizo por cuanto lo que se critica por parte del Demandante amparado en la crítica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recae sobre las actuaciones judiciales supuestamente ineficientes de lo Penal Militar..."*. Además, las pruebas aducidas por el Ministerio Público son las actuaciones judiciales adelantadas por la jurisdicción castrense en primera y segunda instancias, que profirieron *"...ahí sí, una decisión absolutoria (Cesación de Procedimiento) a favor de mi defendido el Sargento WILSON ALBERTO CONDE CHILITO."*

También argumenta que omitió el Procurador delegado demostrar que los homicidios se ejecutaron de forma sistemática y organizada y que se trató de un caso de crímenes de lesa humanidad imprescriptibles.



Sostiene que el proceso penal adelantado ante la justicia militar decidió a favor de **WILSON ALBERTO CONDE CHILITO**, porque con la declaración del cabo *Rigoberto Velasco Maldonado* se demostró que la muerte de *Hernando García* la ocasionó el soldado **ROBINSON GUILLERMO QUIROZ CORREA**, que no pertenecía al equipo de su representado y admitió haber dado de baja a un guerrillero en el río y ese era *Hernando García*.

Se refiere a la declaración de **WILSON ALBERTO CONDE CHILITO**, pues, éste dijo que al iniciarse el operativo fue sorprendido por el centinela de la guerrilla, a quien dio de baja en consideración a que estaba mejor ubicado que el subversivo, así como le ocasionaron la muerte a otros dos rebeldes que estaban en el río, resaltando que desde la casa de *Ramón Rojas* fueron atacados con armas de fuego, lo que les obligó a reaccionar y en razón de ello murieron los civiles, sin que hubiese tomado parte en esta última acción.

El testimonio de *Rubén Darío Guarín Sánchez*, permite descartar la participación de **CONDE CHILITO**, en la muerte de *José Ramón Rojas Erazo* y de *Hildegard María Feldman*.

En el mismo sentido declaró **TEMÍSTOCLES BALANTA CARABALÍ**, precisando que los militares reaccionaron para defenderse del ataque del centinela a quien le ocasionaron la muerte en legítima defensa.



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written over the printed name.

Por su parte, **HERNÁN VARONA LIZCANO** admitió haber participado en los hechos en que perdió la vida *Hernando García*, lo que descarta la participación de **WILSON ALBERTO CONDE CHILITO**; al paso que **GUSTAVO ADOLFO CAICEDO**, informó que **CONDE CHILITO** fue el militar que dio de baja al vigía de esa facción de las FARC, luego de que éste atacara a la patrulla, aspecto que fue ratificado con el testimonio de **JORGE DELGAR PARRA HERNÁNDEZ**.

Con el testimonio de **JULIO CÉSAR CAICEDO ANGULO** se demuestra que fue este militar quien disparó contra la casa de *Ramón Rojas*.

Además, advierte que las constancias sobre las operaciones militares, dan cuenta de que **WILSON ALBERTO CONDE CHILITO** cumplía órdenes legales y legítimas de las que no se podía sustraer.

Las armas de fuego incautadas a los guerrilleros estaban en buen estado de funcionamiento y que el cadáver del N.N. correspondía al del guerrillero que cumplía la función de vigilante.

Se refiere al testimonio de *Gladys Concepción Rojas Leyton*, argumentando que con esta declaración se demuestra



que el subversivo dado de baja estaba prestándoles seguridad a los otros rebeldes que se encontraban en el río.

Concluye que en los hechos en que perdieron la vida los civiles, participaron los integrantes del equipo de apoyo No. 1 del pelotón Arco 3 y su defendido formaba parte del equipo de choque de la contraguerrilla Espina 5, por lo que ninguna participación tuvo en los delitos investigados. En consecuencia, solicita que se declare infundada la causal de revisión invocada.

**4. Defensor de JORGE DELGAR PARRA HERNÁNDEZ y de LUIS EDUARDO MORA CAICEDO.**

Considera que la cesación de procedimiento dictada en este caso por la justicia penal militar, era la decisión más seria, imparcial y justa que debía adoptarse, acorde con el material probatorio recaudado.

Si bien las ONG pusieron "de moda" la reapertura de causas en relación con asuntos decididos por las jurisdicciones ordinaria y castrense y tal atribución también puede asumirla el Ministerio Público, lo cierto es que este último no lo hace por iniciativa propia, sino por insinuación de instancias internacionales que presentan "...observaciones tardíamente, desconociendo la realidad de lo que pudieron haber sido los hechos, las circunstancias que pudieron rodear los mismos, y las condiciones y circunstancias materiales



*y personales en que cada uno de los actores, pudo haber participado, en una confrontación armada con fuerzas insurrectas, en el cumplimiento del deber como soldados regulares adscritos a las Fuerzas Militares de Colombia, ora, en el ejercicio de un derecho a conservar sus vidas, al dar respuesta al fuego enemigo, cuando fueron atacados, con las consecuencias que arroja el fragor del fuego cruzado entre quienes se defienden no solo para conservar su integridad personal, sino mantener íntegramente la Soberanía Nacional y la Institucionalidad.”*

A su juicio, en este caso no se violaron las garantías debidas a los procesados, ni a las víctimas o a terceros, ni mucho menos a la administración de justicia, en atención a que la instrucción del proceso se llevó a cabo de forma dinámica, idónea, seria y eficaz, para establecer tanto lo favorable como lo desfavorable para los implicados, pero nunca con la intención de propiciar la impunidad.

Solicita de la Sala “...ratificar en su integridad la providencia por medio de la cual se puso fin a la instancia, en la cual se declaró que no existía mérito para convocar a un Consejo de Guerra y en consecuencia, Cesó todo Procedimiento...”

## **5. la Fiscalía Primera Penal delegada ante el Tribunal Superior Militar.**

Asegura la funcionaria que la pretensión de la Procuraduría carece de fundamentos materiales, sustanciales y probatorios, si



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written in a cursive style.

se tiene en cuenta que la cesación de procedimiento se profirió de acuerdo con las leyes vigentes al momento de los hechos y goza de la presunción de acierto y legalidad.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha advertido que las recomendaciones de instancias judiciales internacionales, como es el caso de la Corte Interamericana, carecen de efecto vinculante, máxime porque se ha podido constatar en este asunto que la investigación adelantada por la justicia colombiana fue seria e imparcial.

En su sentir, prácticamente toda la instrucción fue adelantada por la jurisdicción ordinaria, especialmente por el Juzgado Promiscuo Municipal de Guachavés que actuó por comisión del Juzgado Segundo de orden público con sede en la ciudad de Pasto, entidad que luego ordenó remitir el proceso a los juzgados penales militares; además, durante el trámite se practicaron las pruebas conducentes y pertinentes.

Hace una relación detallada de varias pruebas, concretamente de la orden de operaciones militares No. 01 Grupo Cabal de Ipiales (Nariño), que demuestra el desarrollo de una misión institucional orientada a la protección de las personas y alude a las versiones de los militares que participaron en la operación. Así, el teniente *Germán Darío Otálora Amaya* detalló todo el suceso, desde la llegada de la tropa a El Sande, la



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written in a cursive style.

estrategia que se ordenó y las labores adelantadas para salvaguardar a los civiles, sin que en ningún momento se atentara contra éstos, puesto que lo ocurrido con la religiosa fue “...*simplemente por cosas del destino...*”, al tiempo que afirmó haberse encontrado armas y equipos en la casa de *Ramón Rojas*, desde donde –aseguró el uniformado– les disparaban los guerrilleros, razón por la cual las bajas se ocasionaron en una situación de fuego cruzado, de combate.

Expone que en el mismo sentido declararon los suboficiales y demás militares que participaron en la operación.

Hace referencia al inventario del material incautado y resalta que esos elementos fueron inspeccionados por el Juzgado de Orden Público de Pasto y se determinó que se trataba de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, con excepción de dos escopetas, y que se encontraban en perfecto estado de funcionamiento.

El Ejército utilizó armas de calibre 7,62 y los impactos que recibió *José Ramón Rojas* –argumenta–, fueron ocasionados con armas cortas, de acuerdo con la versión del cabo *César Augusto Posada*.

Llama la atención en relación con que la hipótesis planteada por la jurisdicción ordinaria fue que se trató de un enfrentamiento



entre el Ejército y los subversivos. Pues, las declaraciones de los civiles dan cuenta de la presencia de insurgentes en el lugar y el enfrentamiento que hubo entre el ejército y esa facción. En tal sentido, cita los testimonios de *Omaira Deyanira Torres*, *Manuel Mesías Oviedo* y *José Domingo Rodríguez Pantoja*.

Se refiere a la declaración del soldado **JULIO CÉSAR CAICEDO ANGULO**, quien narró que un rebelde los atacó al cruzar el río, por lo que fue dado de baja, añadiendo que a él le dispararon desde una casa, ocasionándole heridas en la pierna derecha. Sobre esas lesiones —explica la memorialista— dictaminó un médico del hospital Lorencita Villegas de Santos de Samaniego.

Durante la inspección judicial a una casa que de acuerdo con un oficial del ejército era habitada por los facinerosos, la señora Juez Promiscuo Municipal de Guachavés halló carbonato de sodio, dos proveedores para pistola y una gorra de la Policía Nacional. Y, esta funcionaria, al remitir las diligencias al Juzgado de Orden Público, anotó que se trataba de homicidios y lesiones personales ocasionados durante un combate entre el Ejército y guerrilleros de las FARC.

Critica la declaración de la doctora *Sandra Bastidas González*, Juez Promiscuo Municipal de Guachavés, quien aseguró que todas las personas con las que dialogó coincidieron en afirmar que al llegar el Ejército hubo disparos de forma



indiscriminada, que entre los muertos sólo había un guerrillero, las demás víctimas eran civiles y que los militares no distinguían entre aquellos y los insurgentes. Asimismo, destacó que de acuerdo con lo que informaron varios militares, se presentaron otras bajas entre los rebeldes, empero sus cadáveres fueron arrastrados por la corriente o recogidos durante la noche.

Sin embargo, la señora Fiscal le resta credibilidad a esta declaración, por considerar que se trata de una testigo de oídas, que no puede afirmar con seguridad que fue la fuerza pública la que dio de baja a los civiles y los testimonios que aquella funcionaria recibió, tampoco dan cuenta de esa circunstancia. Entonces, cree que ese relato obedece a un criterio personal al que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos le ha dado importancia, pero que al ser analizado con objetividad, es evidente que no tiene congruencia.

Menciona que el sacerdote *Jairo Chamorro Ceballos* no fue testigo directo; declaró haberse desplazado hasta El Sande para averiguar por la suerte de la religiosa suiza y allí le señalaron el lugar en donde había sido sepultada y agregó que esa muerte fue ocasionada por una bala perdida. Además, declaró que los guerrilleros en ese momento no estaban en la casa de Ramón Rojas, sino en el río, aunque los subversivos se alojaban en una vieja propiedad del señor Rojas, sin que él pudiera oponerse.



Se refiere la señora Fiscal al testimonio del Alcalde de Guachavés, *Omar Salcedo*, quien dijo haberse enterado de las por parte de los habitantes del caserío. Se quejó por los malos tratos que recibió del Ejército e informó que los insurrectos llegaban hasta las casas de El Sande a pedir favores, sin que la gente pudiera negárselos ni oponerse a que pintaran consignas.

Explica la memorialista que *Luz Marina Erazo* admitió que momentos antes de ser lesionada, hubo una reunión entre pobladores y dos guerrilleros en la cancha de El Sande y no supo si se presentó algún enfrentamiento. Agregó la testigo que fue auxiliada por personal de las fuerzas armadas.

Llama la atención acerca de las necropsias, asegura que actualmente resultan precarias, porque no informan el tipo de armas que causaron las muertes ni la distancia a las que fueron disparadas.

Los procesados fueron vinculados a la investigación penal con fundamento en las pruebas legalmente practicadas, a ellos se les resolvió la situación jurídica y se decretó la cesación de procedimiento a su favor, porque se constató que se llevó a cabo un operativo, los alzados en armas se refugiaban en la casa de Ramón Rojas y nada permitía suponer que en esa vivienda permaneciera la religiosa, puesto que hacia ese lugar se disparó para repeler el ataque de los guerrilleros.



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written over a horizontal line.

Para la jurisdicción militar era claro que los uniformados actuaron en cumplimiento de un deber legal, ya que los civiles por temor o por simpatía habían aceptado la presencia de los subversivos y esa es la razón por la que el ejército debió actuar.

Entonces, la decisión adoptada por el Juzgado de la Tercera Brigada del Ejército Nacional, se fundamentó en que los militares actuaron en cumplimiento de un deber legal y en legítima defensa.

Esa providencia fue confirmada por el Tribunal Superior Militar, que consideró demostrada la ausencia de antijuridicidad.

Resalta que la Procuraduría Provincial recomendó archivar el proceso disciplinario adelantado con ocasión de esos hechos, porque no halló pruebas que demostraran la responsabilidad de los implicados.

*“En efecto, se solicita de la Honorable Corte Suprema de Justicia, desestimar la acción de revisión planteada por el señor Procurador 171 Judicial II Penal; en el entendido que la recomendación realizada por el organismo internacional, por tratarse de un órgano administrativo que no administra justicia y que solo profiere decisiones y recomendaciones administrativas, no puede tener fuerza vinculante para derrocar una decisión jurisdiccional, en donde se han practicado todas las pruebas tendientes a esclarecer la verdad de los hechos, y goza de la presunción de acierto, legalidad,*



*imparcialidad y buena fe. Se reitera que no tiene la fuerza vinculante, para tumbar o derrocar una decisión jurisdiccional, la recomendación planteada por el organismo internacional, debido a que al verificar la actuación judicial que se llevó por la Justicia Penal Militar, esta se hizo con el debido celo, dedicación e imparcialidad.*

*No se pueden afectar los caros principios constitucionales, del Juez natural, del principio de legalidad, de cosa juzgada, de non bis in ídem y en general la seguridad jurídica, la buena fe y la confianza legítima de los asociados para con el Estado, por un pedimento administrativo de un organismo internacional; para la Fiscalía, lamentable resulta, que en el conflicto interno Colombiano, se pierda el don máspreciado como lo es la vida, pero es una situación que obedece a las discordias internas que se presentan, y a los efectos colaterales de la guerra, presentándose en el subjuice (sic) una responsabilidad objetiva para el Estado, más no una responsabilidad penal que es de ultima ratio, además porque se avizora desde ya que las pruebas practicadas por la Justicia Ordinaria y obrantes en el proceso penal son las únicas que servirán y en gracia de discusión, de ordenar rehacer el proceso para tomar una decisión, resultan precarias y que dado el transcurrir del tiempo no se podría construir una verdad, porque como dijo Bentham en su obra las pruebas judiciales 'Tiempo que transcurre verdad que huye'."*

Estima que la verdad en este caso se construyó a partir de una labor judicial seria e imparcial que no se puede poner en duda sólo por la presión de un organismo internacional, porque ello afectaría las garantías de los procesados, mismas que, sin desconocer los derechos de las víctimas, pide respetar, máxime porque en su gran mayoría se trataba de jóvenes que estaban



prestando el servicio militar obligatorio, aparte de que el oficial que comandaba el operativo ya falleció.

Solicita de la Sala que desestime las pretensiones de la Procuraduría.

## 6. Defensora de **HERNÁN VARONA LIZCANO**.

Considera que la norma aplicable al caso no es el artículo 220-3° de la Ley 600 de 2000, sino el artículo 232 del Decreto 2700 de 1991.

Advierte que la sentencia C-004 de 2003 de la Corte Constitucional, no tiene efectos retroactivos, por lo que no puede afectar las decisiones proferidas con anterioridad, porque a los procesados debe ampararlos la garantía de la favorabilidad.

*“La sentencia C-004 no destruyó el principio fundamental del imperio de la ley favorable y del imperio del también fundamental principio de legalidad en cuanto a cada hecho se le aplica el procedimiento vigente al momento de la comisión, a no ser que la norma sobreviniente sea favorable. Artículo 6° de la Ley 600 de 2000, artículo 6 de la ley 599 de 2000; (e inclusive el artículo 6° de la Ley 906 de 2004) todo al amparo del artículo 29 superior.”*

Argumenta que el demandante no mencionó las pruebas echadas de menos, que de haberse practicado hubiesen variado



los resultados del proceso. Por ello, no se cumple la exigencia jurisprudencial acerca del *"...incumplimiento protuberante de las obligaciones del estado Colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones."*

La preclusión de la investigación en este caso obedeció al cumplimiento de la ley, no fue parcializada y no buscaba favorecer a los militares. Entonces no se ha constatado que el Estado colombiano hubiese incumplido su deber de investigar el delito. Otra cosa es que los resultados no favorecieran a los interesados en la condena.

Solicita que se niegue la revisión que reclama la Procuraduría General de la Nación.

**7. Defensora de OMAR EDUARDO ÁLVAREZ MORA, JOSÉ ELDES CAICEDO y JULIO CÉSAR CAICEDO ANGULO.**

Señala que sus asistidos ya fueron juzgados en un proceso al que se allegaron *"...todas las pruebas que existieron para ese entonces propias para una acusación y fallo..."*, mismas que fueron valoradas por la autoridad competente. Además, esas actuaciones fueron conocidas por la Procuraduría General de la Nación, sin que se presentara ninguna objeción de su parte.



La defensa y los procesados, en cambio, propugnaron por la cesación de procedimiento.

Admite que la causal de revisión invocada está consagrada legalmente en el artículo 192-4° de la Ley 906 de 2004, empero en esos casos no debería investigarse únicamente la conducta de quienes ya fueron juzgados, sino también la de las autoridades que incumplieron la obligación de investigar y en ese orden deben verificarse las actuaciones de los altos mandos militares, porque su conducta encuadraría en el prevaricato por omisión.

Del mismo modo, es necesario ordenar la investigación del Delegado de la Procuraduría que tenía el proceso a cargo, porque no cumplió la función de velar por los derechos de la ciudadanía, ya que no era parte de sus objetivos buscar la absolución de los militares, que sí lo era de la defensa y de los procesados.

Pide "...no revisar solo lo atinente a los aquí estos (sic) encartados que de antemano insisto (...) no aceptar las pretensiones del Demandante para requerirlos nuevamente a fin de que se defiendan de un nuevo proceso; Sino revisar también entonces la conducta de quienes fueron los encargados de velar porque se hiciera justicia en ese momento procesal por que (sic) a ellos les competía la obligación del Estado de velar por una recta justicia."



## CONSIDERACIONES

### 1. Cuestión previa.

Ya reiteradamente se ha señalado por la jurisprudencia de la Sala, cómo la naturaleza de la acción de revisión, precisamente por su potencialidad de derrumbar la cosa juzgada, exige de especiales causales y apropiada forma de postulación, dado que, huelga anotar, no es este un recurso más que vaya encaminado a prolongar el debate argumental o probatorio propio de las instancias.

Se busca, entonces, con este especial mecanismo, remover una decisión (sentencia, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento), que se ha demostrado injusta, en cuanto, la verdad allí declarada no se corresponde con lo realmente ocurrido.

Tampoco puede confundirse la acción de revisión con el recurso de casación, este último encaminado a verificar la legalidad de la sentencia, dado que ambos poseen un espacio y finalidades propios que entre sí difieren<sup>1</sup>, pues al paso que con ésta se busca "...discutir la regularidad del trámite procesal, el cumplimiento de las garantías debidas a las partes, los supuestos de hecho de la sentencia de segunda instancia no ejecutoriada y sus

<sup>1</sup> Auto del 25 de julio de 2007, Rad. 23.690.



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written in a cursive style.

consecuencias jurídicas...”, aquella “...tiene como **objeto** una sentencia, un auto de cesación de procedimiento o una resolución de preclusión de la investigación que hizo tránsito a cosa juzgada y como **finalidad** remediar errores judiciales originados en causas que no se conocieron durante el desarrollo de la actuación y que están limitadas a las previstas en la ley.”

Ahora bien, para la Corte no pasa desapercibido que este concreto marco de acción en el que se desenvuelve el mecanismo del que ahora se hace uso, fue expandido con la inclusión del numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, dado que la fuerza motivacional para derrumbar la cosa juzgada no impone que se proponga un hecho o prueba nuevos a partir de los cuales verificar la injusticia de la sentencia, sino de la intervención de una “*instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos*”, que signifique al Estado el incumpliendo de su obligación de investigar seria e imparcialmente los hechos denunciados, cuando estos representan violaciones de derechos humanos o infracción grave al Derecho Internacional Humanitario.

Una propuesta tan novedosa, que se refiere a la participación de nuestro país en el contexto internacional, en las obligaciones que surgen de los tratados internacionales y la operatividad específica del llamado Bloque de Constitucionalidad, apenas comienza a hacer carrera en los estrados judiciales.



La Corte, sin embargo, ya ha tenido la oportunidad de referirse a temas similares al que nos ocupa, aprovechando precisamente su connotación novedosa para realizar amplia pedagogía en punto de aspectos sustanciales de la causal, su forma de postulación y los efectos que debe darse a la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Por ello, dada su enorme pertinencia para lo que ahora se debate y como quiera que los criterios expuestos no han sido modificados, la resolución del asunto necesariamente demanda recurrir a lo reseñado ampliamente en las sentencias con radicación 26.077 del 1 de noviembre de 2007 y 31195 del 24 de febrero de 2010, para efectos de evitar farragosas reiteraciones o resúmenes que pretendan abarcar con mayor o menor rigor lo que ya adecuadamente se dijo.

A continuación se exponen, dentro de los mismos criterios sistemáticos, los temas que cabe resaltar.

## **2. La legitimidad del demandante.**

La Organización de los Estados Americanos remitió al Ministerio de Relaciones Exteriores el Informe No. 15/95, en el



cual se llegó a las siguientes conclusiones y se hicieron las correspondientes recomendaciones:

“1. Que el Gobierno de Colombia ha dejado de cumplir con su obligación de respetar y garantizar los derechos contenidos en los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 8 (garantías judiciales) y 25 (sobre protección judicial), en conexión con el artículo 1.1. y 2 consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual Colombia es Estado parte, respecto de la muerte de Hildegard María Feldman, Ramón Rojas Erazo y Hernando García.

2. Que el Gobierno de Colombia no ha dado cumplimiento a las normas contenidas en el artículo 2do. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptando con arreglo a sus procedimientos constitucionales y legales vigentes, las medidas legislativas o de otro carácter, necesarias para hacer efectivo el derecho de las personas a obtener que se les haga justicia sancionando a los miembros de la fuerza pública en servicio activo, quienes, en desempeño de actos del mismo servicio, violaron el derecho a la vida.

3. Recomendar al Gobierno de Colombia que continúe y profundice la investigación sobre los hechos denunciados y sancione a los responsables.

4. Recomendar al Estado de Colombia el pago de la indemnización compensatoria a los familiares de las víctimas.

5. Recomendar al Estado colombiano adecuar su legislación interna a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de modo que el juzgamiento de agentes del Estado involucrados en violaciones a los derechos humanos sea hecho por jueces ordinarios y no por jueces penales militares, a fin de garantizar a las víctimas la independencia e imparcialidad de los tribunales que resolverán sus causas.



6. Solicitar al Gobierno de Colombia que garantice la seguridad y otorgue la protección necesaria a los testigos presenciales de los hechos que, con riesgo de sus vidas, han prestado su colaboración para el esclarecimiento de los hechos."

Acorde con ello, el señor Procurador General de la Nación, mediante proveído del 22 de marzo de 2011, comisionó al Procurador 171 Judicial Penal II de Bogotá, para que promoviera acción de revisión contra las decisiones de la Justicia Penal Militar que condujeron a cesar el procedimiento a favor del Teniente **NÉSTOR ARMANDO BELTRÁN DUSSAN**, el Cabo Primero **WILSON ALBERTO CONDE CHILITO**, y los Soldados **ROBINSON GUILLERMO QUIROZ CORREA**, **CARLOS ALBERTO CARDONA NAVIA**, **JULIO CÉSAR CAICEDO ANGULO**, **TEMÍSTOCLES BALANTA CARABALÍ**, **HERNÁN VARONA LIZCANO**, **JORGE DELGAR PARRA HERNÁNDEZ**, **GUSTAVO ADOLFO CAICEDO**, **LUIS EDUARDO MORA CAICEDO**, **OMAR EDUARDO ÁLVAREZ MORA**, **JOSÉ ELDES CAICEDO**, **LUIS CARLOS ASPRILLA MOSQUERA**, **WALTER HERNÁNDEZ RAMÍREZ**, **LUIS EDGAR MONTAÑO VALENCIA** y **ABEL CHILLAMBO GODOY**.

El delegado de la Procuraduría, el 2 de junio de 2011, presentó la demanda de revisión que hoy se estudia de fondo.



Sobre la legitimidad que pueda tener el Procurador 171 Judicial II Bogotá, para, por comisión del Procurador General de la Nación, presentar la demanda de revisión que se examina, resulta pertinente citar lo que al respecto ha dicho la Sala en otros fallos de revisión que sirven de soporte a lo que ahora se decide<sup>2</sup>:

*“Ahora bien, la Ley 906 de 2004, cuya aplicación procede en este evento, mantiene en términos generales, una regulación similar a la que para el trámite de la acción de revisión se contempla en la Ley 600 de 2000.*

*Es así como el artículo 221 de la última normatividad citada, hace radicar la titularidad para su ejercicio en los sujetos procesales con interés jurídico y que hayan sido reconocidos en el proceso penal.*

*Por su parte, el artículo 193 del Estatuto Procesal Penal de 2004, establece que la acción de revisión podrá ser promovida por el fiscal, el Ministerio Público, el defensor y demás intervinientes, siempre que ostenten interés jurídico y hayan sido legalmente reconocidos dentro de la actuación materia de revisión.*

*En el asunto que ocupa la atención de la Sala, puede verificarse que el funcionario del Ministerio Público que presentó la demanda de revisión, no es el mismo que intervino en el trámite adelantado ante la justicia penal militar y, por consiguiente, en ningún momento fue legalmente reconocido durante la actuación procesal.*

*Luego, si en el proceso en mención fungió como agente especial del Ministerio Público el Procurador 241 Judicial I Penal de Bogotá, podría decirse que su homólogo 7° Judicial II*

<sup>2</sup> Sentencias del 1 de noviembre de 2007, Rdo. 26.077 y del 24 de febrero de 2010, Rdo. 31.195.



de la misma ciudad, carecía de legitimidad para presentar la demanda y, por esa razón, debió inadmitirse.

Sin embargo, en este particular asunto, la legitimidad del demandante deviene, no en razón a las funciones específicas que como sujeto procesal le asignan las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, sino como consecuencia de las facultades generales previstas en el artículo 277 de la Constitución Política, en cuanto señala:

“El Procurador General de la Nación, por sí mismo o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

(...)

2ª) **Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo...** (Resalta la Sala).

En este orden de ideas, la Procuraduría General de la Nación, como defensora de los derechos humanos y especialmente los prevalentes de los niños, en lo cual tiene significativo interés la sociedad que representa, atendiendo a que dicha protección “no constituye un acto de caridad ni de liberalidad sino el cumplimiento y exigencia perentoria de principios y deberes como los de responsabilidad y solidaridad social a cargo del estado y sus servidores públicos (arts. 1 y 2 de la Carta Política)”<sup>3</sup>, está autorizada constitucionalmente para cumplir con las recomendaciones realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de prevención de las infracciones a los derechos humanos.

Desde luego, entiende la Corte que esas facultades generales reclaman de asignación puntual de competencia para actuar en el caso específico, dentro de los lineamientos

<sup>3</sup> Directivas Nos. 07, 08 y 09 del 21 de mayo de 2007, expedidas por el Procurador General de la Nación.



que para el efecto consagra, en el asunto examinado, la codificación penal adjetiva.

*Pero, no puede pasarse por alto cómo aquí se analiza un asunto que desborda el ámbito interno de regulación penal e incluso constitucional, si se pasase por alto la forma dinámica que introduce el llamado bloque de constitucionalidad y, entonces, si no ocurre que se materialice alguna de las causales ordinariamente consignadas en nuestra legislación positiva para el efecto, sino aquella que reclama directa injerencia de un organismo internacional, elemental asoma que la exigencia simplemente formal de atender al criterio o decisión autónoma del funcionario del Ministerio Público que intervino en el proceso, además de insustancial se determina inoficiosa y ajena al contenido material del derecho que se busca proteger.*

*Por lo tanto, no es dable discutir la legitimidad que ampara al Procurador 7° Judicial II de Bogotá para incoar la demanda de revisión en este asunto, en cumplimiento de la comisión expresa del Procurador General de la Nación.*

*Ello a pesar de que en el desarrollo del trámite adelantado ante la justicia penal militar, el Procurador 241 Judicial I Penal de Bogotá que fungió como agente especial del Ministerio Público, abogó en todo momento por la absolución y desvinculación definitiva del sindicado JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS. Posición que, incluso, avala de mayor manera la tesis de la Corte, como quiera que resulta un contrasentido exigir de ese funcionario, o mejor, dejar a su propia voluntad la decisión de interponer la acción, cuando es claro que ese no es su querer y, finalmente, prima la recomendación del ente internacional, fuente nutricia del trámite que ahora se finiquita.”*

Para el caso concreto, solo resta anotar, acorde con lo verificado en la transcripción que, en efecto, cuando se trata de la



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written over a horizontal line.

causal cuarta del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, las connotaciones de la recomendación efectuada por el organismo internacional y las facultades que Constitucional, legal y reglamentariamente se han dado a la Procuraduría General de la Nación, advierten completamente legitimado a su titular, o a la persona comisionada por él, para promover, como aquí ocurre con el procurador 171 Judicial II de Bogotá, la acción de revisión que se examina.

### **3. Naturaleza y alcance de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el ordenamiento interno.**

Como quiera que el origen de la acción no lo es una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino una recomendación del Comité, se hace necesario precisar cuál es la naturaleza de esa recomendación y, particularmente, qué efectos vinculantes tiene ella para el Estado colombiano y, particularmente, respecto de la decisión que aquí debe tomar la Corte Suprema de Justicia.

Sobre ese específico aspecto, como se anunció en líneas anteriores, la Sala ya emitió otros pronunciamientos en asuntos similares al que se debate, dentro de las sentencias que han servido de marco de referencia y que en concreto reseñan:



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Robinson Quiroz Correa', written over the page number and case name.

*"Se hace necesario, entonces, que la Sala estudie la naturaleza y alcance de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el ordenamiento interno, con el fin de determinar si ellas, por sí solas, tienen el efecto vinculante a que aluden los delegados del Ministerio Público, al extremo de entender objetivamente configurada la causal de revisión prevista en el numeral 4° del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal de 2004, o si, las recomendaciones resultan insuficientes para obligar de la Corte una decisión automática en tal sentido.*

*Para ello debe desentrañarse previamente, la naturaleza jurídica del organismo que las ha emitido; veamos:*

*El Sistema Interamericano de Derechos Humanos constituye el marco para la promoción y protección de los derechos humanos, proveyendo un recurso a los habitantes de América que han sufrido violación de esos derechos por parte del Estado.*

*El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se fundamenta en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en 1948, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en noviembre de 1969 y vigente desde julio de 1978.*

*Sus órganos fundamentales son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington D.C., y la Corte Internacional de Derechos Humanos, radicada en San José de Costa Rica.*

*La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959 mediante Resolución VIII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en Santiago de Chile, es un organismo internacional que forma parte de la Organización de los Estados Americanos –OEA–.*



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written over the page number and case name.

Tiene a cargo la promoción y defensa de los derechos humanos, en desarrollo de lo cual es su atribución formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos.

Mediante la Ley 16 de 1972 (publicada en el Diario Oficial N° 33780 del 5 de febrero de 1973), el Estado colombiano aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El 8 de mayo de 1985, mediante instrumento internacional, el Estado colombiano reconoció por tiempo indefinido la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, bajo condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno.

En esa misma oportunidad, el Estado colombiano reconoció la competencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, órgano al cual la Comisión puede someter los casos por violación a los derechos humanos. Esta aceptación se hizo igualmente por tiempo indefinido y con idénticos condicionamientos.

En relación con los Estados partes de la Convención, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene la facultad de diligenciar peticiones y resolver casos que sean denunciados por violación de los derechos humanos, acatando el procedimiento señalado en la Convención, al final del cual emitirá su informe en los que expondrá los hechos y las conclusiones y, de ser procedente, "hará las recomendaciones



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written over the page number and case name.

*pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada" (artículo 51-2 de la Convención).*

*Establece la Convención que dichos informes serán presentados a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlos, y que transcurrido el plazo fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.*

*En todo caso, la Comisión puede someter el asunto a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

*A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano judicial autónomo, cuyo propósito es aplicar e interpretar la Convención Americana y otros tratados sobre derechos humanos.*

*La Corte Interamericana tiene competencias contenciosa y consultiva.*

*La competencia contenciosa la faculta para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, por declaración especial o por convención. En esencia, conoce de los asuntos en que se alegue que uno de los Estados ha violado un derecho o libertad protegidos por la Convención, siendo necesario que se hayan agotado los procedimientos previstos en la misma.*

*Las personas, grupos o entidades que no son Estado, no tienen legitimidad para presentar casos ante la Corte Interamericana, pero sí pueden recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que a su vez está facultada, como se acotó antes, para llevar el asunto ante la*



Corte, siempre que el Estado cuestionado haya aceptado su competencia.

El procedimiento ante la Corte Interamericana es de carácter contradictorio. Termina con una sentencia motivada, obligatoria, definitiva e inapelable, la cual debe cumplir el Estado parte (artículos 66, 67 y 68 de la Convención).

La Corte Interamericana surgió con la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, según se anotó, fue suscrita en noviembre de 1969 y rige desde julio de 1978. Así mismo, mediante la Ley 16 de 1972, el Estado colombiano aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Recapitulando lo anterior, tiénese que mientras la Comisión Interamericana es un órgano de protección de los derechos humanos dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana es un organismo judicial autónomo del mismo.

Así, en tanto que, la primera emite informes que contienen recomendaciones, la segunda dicta sentencias que son vinculantes para los Estados partes, dado que es la propia Convención la que establece que dichos fallos son "motivados, obligatorios, definitivos e inapelables".

Nada se dice en la Convención, por el contrario, acerca del efecto vinculante de las recomendaciones, si bien se establece que la Comisión estará atenta, dentro de un plazo determinado, al cumplimiento de las medidas que deben adoptar los Estados involucrados, luego del cual evaluará si se tomaron o no las medidas adecuadas y si se publica o no el informe respectivo.

Sin embargo, es claro que la publicación del informe no soluciona el problema de violación de derechos humanos que fue planteado por el solicitante y si de esto se sigue que la Comisión Interamericana deba remitir el asunto a la Corte Interamericana –donde, emitida una sentencia, esta sería de



obligatorio acatamiento—, concluye la Sala que el alcance de las recomendaciones es bastante limitado.

En el presente caso, la entidad particular Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" elevó petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 12 de mayo de 1998, en la cual alegó la responsabilidad de agentes del Estado colombiano en la muerte de Leydi Dayán Sánchez Tamayo, de 14 años de edad, ocurrida el 21 de marzo de ese año en la ciudad de Bogotá.

Lo hizo con fundamento en el artículo 44 de la Convención, el cual establece que "cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte".

Denunció, por consiguiente, que el Estado colombiano era responsable por la violación de los derechos a la vida y la protección judicial de la menor, así como de la obligación genérica de respetar y garantizar los derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Mediante el Informe N° 43/02 del 9 de octubre de 2002, la Comisión declaró admisible la petición de la Corporación Colectivo de Abogados, teniendo en cuenta que era la competente para examinar el caso presentado "sobre la presunta violación al derecho a la vida de Leydi Dayán Sánchez, así como las garantías judiciales, la protección judicial y la obligación de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción".

Surtido el trámite de rigor, la Comisión emitió el mencionado Informe N° 05/06 del 28 de febrero de 2006, en el cual, conviene iterar, hizo al Estado colombiano las siguientes recomendaciones:



*"1. Realizar una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables por la muerte de Leydi Dayán Sánchez Tamayo.*

*2. Reparar a los familiares de la víctima en forma integral por las violaciones a la Convención Americana establecidas en el presente informe.*

*3. Efectuar un reconocimiento público de responsabilidad estatal de las violaciones a la Convención Americana establecidas en el presente informe.*

*4. Adoptar medidas de capacitación, vigilancia y aplicación de la ley para garantizar que los agentes del Estado autorizados para emplear armas de fuego, hagan uso de aquéllas en estricto cumplimiento de los principios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad, particularmente en situaciones que involucren la presencia de niños y niñas, los cuales requieren especiales medidas de protección.*

*5. Adoptar las medidas necesarias para evitar que en el futuro se produzcan hechos similares, conforme al deber de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana, así como dar pleno cumplimiento a la doctrina desarrollada por la Comisión y la Corte Interamericanas sobre el empleo exclusivo de la justicia penal militar respecto de los delitos de función".*

*De las cinco recomendaciones, el Estado colombiano, por conducto de la Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante el oficio DDH.GOI 46434/2184 del 11 de septiembre de 2006, da cuenta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre las actividades desarrolladas con el fin de dar cumplimiento a las cuatro últimas, mientras que de la primera, concerniente al caso que nos ocupa, se indicó que ya se había solicitado a la*



Procuraduría General de la Nación que promoviera la correspondiente acción de revisión. Reporta, igualmente, que el Ministerio Público ya presentó la demanda respectiva y se ilustra brevemente acerca del trámite.

Ahora bien, es claro que la sola presentación de la demanda de revisión, no es suficiente para considerar acatada la recomendación N° 1, si en cuenta se tiene que la misma exige del Estado colombiano que realice una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria, con el fin de juzgar y castigar a los responsables por la muerte de Leydi Dayán Sánchez Tamayo.

Y, si el efecto de las recomendaciones, caso tal de que no se cumplan los dictados de la Comisión, es que el informe será publicado y el caso remitido a conocimiento de la Corte Interamericana, es claro que aún adoptándose estas medidas, no se ha solucionado el problema en el que se ha demostrado la violación flagrante de los derechos humanos y, por consiguiente, el solicitante debe esperar a que sea aquél organismo judicial el que adopte la decisión vinculante, mediante el proferimiento de una sentencia que finalmente obligue al Estado colombiano.

Por ello, insiste la Sala, el alcance de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es insuficiente.

Y no es esta una manifestación aislada o caprichosa de la Sala, pues, como se indicará a continuación, el carácter limitado del alcance de las recomendaciones de la Comisión, ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional, la nacional y por la doctrina.

Nótese, sobre el particular, cómo la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que las recomendaciones no tienen la categoría de una decisión jurisdiccional obligatoria, cuyo desacato conduciría a determinar la responsabilidad del Estado.



Así lo expresó en la Sentencia del 8 de diciembre de 1995 (Caso Caballero Delgado y Santana-Colombia), en los siguientes términos:

*“A juicio de la Corte, el término “recomendaciones” usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria. En cuanto al artículo 44 de la Convención Americana (norma transcrita en párrafos anteriores), la Corte encuentra que él se refiere al derecho a presentar peticiones ante la Comisión y que no tiene relación con las obligaciones del Estado” (apartado 67).*

Ahora bien, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969, regula en su Sección Tercera lo concerniente a la “Interpretación de los Tratados”. En sus artículos 31.1. y 31.4, citados por la Corte Interamericana, señala:

**“31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.**

(...)

**4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.**



En este orden de ideas, es claro que si al término "recomendación" no se le otorgó un sentido especial en la Convención Americana de Derechos Humanos, el mismo debe entenderse en su sentido natural y obvio, como es la acción y el efecto de "recomendar", el que a su vez, define el Diccionario Larousse, corresponde a "Aconsejar a alguien sobre lo que puede o lo que debe hacer por su propio beneficio", o "encargar o encomendar a alguien que se ocupe o haga cargo de una persona o de una cosa".

Se trata, entonces, la recomendación, de una sugerencia respetuosa, contenida en un informe, que se le hace al Estado parte, sin que tenga carácter obligatorio, en tanto, la propia Convención omitió definir un alcance diferente o especial, distinto del natural y obvio atrás referenciado.

Por su parte, la Corte Constitucional se ha referido al tema de las recomendaciones en varios pronunciamientos, analizando, en primer término, las emanadas de la Organización Internacional del Trabajo<sup>4</sup>.

Manifiesta la Corte que son absolutamente claras las diferencias entre las convenciones y las recomendaciones, destacando que mientras las primeras tienen eficacia jurídica en el ordenamiento interno conferida por la Constitución Nacional, en la medida que el artículo 53 señala que "los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna", las segundas ni siquiera son mencionadas en el Estatuto Fundamental.

Por lo tanto, las recomendaciones tienden a ser redactadas como sugerencias o invitaciones a los Estados a desarrollar determinadas políticas.

Así se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-468 del 25 de septiembre de 1997:

<sup>4</sup> Entre otras, las Sentencias C-562 del 22 de octubre de 1992, C-049 del 10 de febrero de 1994, C-147 del 23 de marzo de 1994 y C-468 del 25 de septiembre de 1997.



**"Diferencias entre los Convenios y las Recomendaciones.**

2. De acuerdo con el artículo 19 de la Constitución de la OIT, esa organización se pronuncia a través de convenios internacionales o de recomendaciones. Sin embargo, estos instrumentos no tiene la misma naturaleza jurídica. Los convenios son auténticas normas de derecho internacional que vinculan jurídicamente a los Estados, mientras que las recomendaciones no tienen tal característica pues son instrumentos que se limitan a señalar pautas para orientar la legislación y la práctica jurídica nacional. Los convenios buscan la ratificación de los Estados miembros a fin de que éstos adquieran compromisos internacionales. Es cierto que esa ratificación es sui generis en el derecho internacional, en tanto no se realiza de acuerdo con las normas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, sino que se efectúa por medio de una comunicación al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la aprobación interna del convenio. Sin embargo, esa ratificación tiene el mismo efecto que la de cualquier otro tratado, y es que el Estado respectivo asume obligaciones en el plano internacional. En otros términos, estas normas internacionales nacen abiertas a la ratificación, y como tal están destinadas a crear obligaciones internacionales para los Estados que los ratifican, mientras que, conforme a las propias normas de la OIT, las recomendaciones no están sujetas a ratificación, pues su objetivo no es que los Estados adquieran nuevos compromisos internacionales sino que se trata de sugerencias que la OIT formula a los Estados para que éstos, en lo posible, las desarrollen internamente. La obligación internacional que adquieren los Estados en relación con estas recomendaciones es entonces la de someter esas propuestas a consideración de sus autoridades internas, a fin de eventualmente desarrollarlas por medio de otras normas jurídicas. Igualmente deben los Estados informar a la OIT sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en las recomendaciones, pero en ningún momento se



prevé la ratificación de tales recomendaciones, o que su contenido genere en sí mismo una obligación internacional. El artículo 19 ordinal 6º literal d) de la Constitución de la OIT es terminante en señalar que “salvo la obligación de someter la recomendación a la autoridad o autoridades competentes, no recaerá sobre los miembros ninguna otra obligación”.

Las recomendaciones, a diferencia de los convenios, no son entonces tratados, pues no generan, modifican o extinguen obligaciones internacionales para los Estados. Esa diversa naturaleza jurídica se manifiesta incluso en el distinto lenguaje empleado por la OIT, según el caso. Así, las recomendaciones tienden a ser redactadas como sugerencias o invitaciones a los Estados a desarrollar determinadas políticas, por lo cual se usa en general el modo condicional. La mayor parte de los artículos de estos documentos simplemente señalan que los Estados, los patronos o los trabajadores “deberían” efectuar determinada conducta, tal y como se puede observar mediante la lectura de las recomendaciones aprobadas por medio de la ley bajo revisión. Esto muestra que las recomendaciones no son, en estricto sentido, verdaderas normas jurídicas sino exhortaciones políticas a los Estados. En cambio, los convenios se formulan con el lenguaje preceptivo de las normas jurídicas, para lo cual basta revisar cualquiera de esos documentos jurídicos en donde se señala que los Estados “deberán” o se “comprometen” a efectuar determinadas políticas. Y no podía ser de otra forma pues mediante los convenios los Estados adquieren compromisos jurídicos internacionales.

3- La propia Constitución destaca esa diferencia entre las recomendaciones y los convenios, ya que les confiere distinta eficacia jurídica interna. Así, el artículo 53 de la Carta incluye en la legislación interna a los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, mientras que en relación con las recomendaciones, no existe norma constitucional que las mencione. Todo lo anterior muestra que las recomendaciones y los convenios son figuras jurídicas de



*muy diverso alcance, tal y como esta Corporación ya lo había señalado. Dijo entonces la Corte:*

*La Recomendación, según el artículo 19 de la Constitución de la O.I.T., es aquella proposición de la Conferencia Internacional del Trabajo, que trata de cuestiones o aspectos que en ese momento no se prestan para la adopción de un Convenio, y que no exige propiamente la expresión del consentimiento, en la forma indicada para el ajuste de los Convenios y Tratados Internacionales, ni su ratificación formal, pues la Recomendación constituye apenas una serie de orientaciones y sugerencias con respecto de determinada materia –en este caso, las medidas tendientes a garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en las instalaciones petroleras marítimas y en la industria de energía nuclear–, que son puestas en práctica a través de la legislación interna de cada país miembro, o de cualquier otro modo, y por consiguiente, carecen, para efectos de su ejecución, de la fuerza imperativa de que están dotados los Convenios de la O.I.T”.*

*Ahora bien, en lo que respecta a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional mantiene idéntica postura, en la medida en que ha considerado que las mismas, si bien constituyen actos jurídicos unilaterales, carecen de efecto vinculante y se limitan a proponerle a sus destinatarios un determinado comportamiento.*

*Reconoce, igualmente, que ciertos tribunales internacionales, así como un destacado sector de la doctrina internacionalista contemporánea, han considerado que las recomendaciones adoptadas por los órganos internacionales carecen de todo efecto vinculante.*

*Claro está, estima también, que dicha aseveración debe matizarse, o por lo menos, analizarse en el caso concreto. En este orden de ideas, el operador jurídico debe tomar en consideración la naturaleza del órgano internacional que*



adoptó la recomendación; si se trata de una invitación dirigida al Estado para que tome medidas legislativas o administrativas encaminadas a enfrentar situaciones generalizadas de violaciones de los derechos humanos o si por el contrario se alude a un caso concreto; y finalmente, los principios y las disposiciones del tratado internacional con base en los cuales la recomendación fue adoptada.

Así, por ejemplo, dado que el artículo 41 de la Convención faculta a la Comisión para "b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos", el Estado colombiano expidió la Ley 288 de 1996, "por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos".

De ahí, entonces, que haya sido necesaria la expedición de una ley con el fin de establecer un mecanismo adecuado para cumplir con las recomendaciones de los órganos internacionales de derechos humanos que refieren a la indemnización de perjuicios a las víctimas, lo cual, naturalmente, no aplica al caso concreto, al menos en lo que respecta a la recomendación N° 1 del citado Informe 5/06 del 28 de febrero de 2006.

Sobre la naturaleza jurídica y carencia de efectos vinculantes de las recomendaciones, y la morigeración de tal aseveración, se pronunció ampliamente la Corte Constitucional en la Sentencia T-558 del 10 de julio de 2003, en estos términos:

**"1. Las fuentes del derecho internacional público.**



Para determinar cuál es la naturaleza jurídica de las medidas cautelares decretadas por la CIDH es necesario acudir al sistema de fuentes del derecho internacional público. Al respecto, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya recoge las siguientes: 1) los tratados internacionales; 2) la costumbre internacional; 3) los principios generales del derecho "reconocidos por las naciones civilizadas"; 4) la jurisprudencia; 5) la doctrina y 6) la equidad.

La doctrina internacionalista más autorizada en la materia ha criticado, sin embargo, este listado de fuentes del derecho internacional público por cuanto no suministra un catálogo exhaustivo de las mismas. De tal suerte, que existe un amplio consenso en la actualidad en el sentido de incluir en éste a los actos unilaterales de los Estados y de las Organizaciones Internacionales.

En tal sentido, conviene señalar que los órganos de las organizaciones internacionales pueden, de conformidad con el tratado multilateral constitutivo de cada una de ellas, u otros textos normativos como son los Estatutos o los Reglamentos Internos, adoptar actos jurídicos unilaterales de diversa denominación y con distintos efectos jurídicos como son: resoluciones, recomendaciones, decisiones, opiniones consultivas, medidas provisionales, medidas cautelares o incluso sentencias, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La práctica internacional demuestra que existe en esta materia una gran incertidumbre terminológica y una ambigüedad conceptual que no permiten, en muchos casos, precisar con exactitud el alcance de cada una de estas clases de actos jurídicos. Por tales razones, la doctrina se limita a distinguir entre los actos de los órganos judiciales internacionales, que pueden ser "sentencias", las cuales tienen efecto vinculante y hacen tránsito a cosa juzgada y "opiniones consultivas", desprovistas de tales efectos; y por otra parte, están las decisiones y las recomendaciones.



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written in a cursive style.

*En lo que concierne a las decisiones, se trata de un acto jurídico unilateral de una Organización Internacional que tiene efecto vinculante. En el ámbito internacional, los únicos actos que técnicamente pueden ser calificados como decisiones son aquellos que aparecen referidos en el artículo 25 de la Carta la ONU y son adoptados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en el marco de las facultades que le otorga el Capítulo VII de la misma.*

*Por el contrario, las recomendaciones carecen de efecto vinculante y se limitan a proponerle a sus destinatarios un determinado comportamiento. De allí que el contenido jurídico de la expresión coincida con su sentido corriente. Los destinatarios de éstas son los Estados Partes en la Organización Internacional, y en ocasiones, los particulares.*

*Ahora bien, el tema del valor jurídico de las recomendaciones ha sido objeto, en los últimos años, de un intenso debate doctrinal y finalmente se puede concluir que no existen posiciones unánimes en la materia. Así, para algunos autores las recomendaciones simplemente carecen de efectos jurídicos vinculantes. Incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 8 de Diciembre de 1993 en el asunto Caballero Delgado y Santana contra Colombia estimó que el término "recomendaciones", tal y como figura en el texto del Pacto de San José de Costa Rica, debía ser interpretado "conforme a su sentido corriente" de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y por ello "no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo cumplimiento generaría la responsabilidad del Estado". De tal suerte que los destinatarios de las recomendaciones no están obligados a someterse a ellas ni cometen una infracción internacional por incumplirlas.*

*Por otra parte, ciertos tribunales arbitrales internacionales, así como un destacado sector de la doctrina*



*internacionalista contemporánea, han considerado que la aseveración según la cual las recomendaciones adoptadas por organismos internacionales carecen de todo efecto vinculante, debe ser matizada, o al menos, examinada caso por caso.*

*Así, en el asunto Texaco-Calasiatic contra Libia, el Tribunal de Arbitramento Internacional en laudo del 19 de enero de 1977 consideró que era difícil formular de manera general y abstracta el alcance de las recomendaciones, ya que era necesario tener en cuenta las condiciones en las cuales la recomendación fue adoptada siendo indispensable analizar rigurosamente cada una de sus disposiciones.*

*En tal sentido, el operador jurídico debe tomar en consideración la naturaleza del órgano internacional que adoptó la recomendación; si se trata de una invitación dirigida al Estado para que tome medidas legislativas o administrativas encaminadas a enfrentar situaciones generalizadas de violaciones de los derechos humanos o si por el contrario se alude a un caso concreto; y finalmente, los principios y las disposiciones del tratado internacional con base en los cuales la recomendación fue adoptada.*

## **2. Las especificidades de las medidas cautelares decretadas por la CIDH.**

*Un análisis del funcionamiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos evidencia que existen diversos actos jurídicos emanados los órganos que lo integran.*

*Así pues, en virtud del artículo 41 de la Convención Americana la CIDH tiene competencia para formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los Gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos en el marco de sus leyes internas, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos. Estas recomendaciones aluden, con frecuencia, a situaciones*



generalizadas de violaciones a los derechos humanos en un Estado determinado; su implementación interna, en muchas ocasiones, dependen de la voluntad del legislador en la medida en que se le invita a regular una materia o a que derogue una determinada normatividad contraria al tratado internacional. También son frecuentes los llamados de atención al Ejecutivo, en especial, para que combata ciertas "prácticas administrativas", en términos de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos, en las que han incurrido los encargados del mantenimiento del orden público.

Estas recomendaciones usualmente aparecen consignadas en los informes sobre Estados que elabora la CIDH, en especial, al término de una visita in loco al país o pueden figurar en el texto de sus informes anuales sobre la situación de los derechos humanos en el Continente.

En este orden de ideas, la acción de tutela no es procedente para buscar el cumplimiento o la ejecución de una recomendación de esta naturaleza, dado que se vulneraría, de manera grave, el principio constitucional de la separación de poderes.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 51 del Pacto de San José de Costa Rica, la CIDH, al término de un proceso contencioso surtido ante ella contra un Estado Parte, puede formular las recomendaciones que estime pertinentes para que el demandado resarza integralmente a las víctimas de la violación a un derecho que aparece recogido en el texto del tratado internacional.

Con el propósito de que esta variedad de recomendaciones pudiesen ser ejecutadas en el ordenamiento jurídico interno se expidió la Ley 228 de 1996 "Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos", trámite que apunta, principalmente, al pago de una indemnización económica a las



víctimas de una violación a sus derechos humanos y a sus familiares. De tal suerte que, en estos casos, también se cuenta con un mecanismo judicial para que la decisión del organismo internacional sea cumplida en Colombia.

De igual manera, con fundamento en el artículo 63.2 de la Convención Americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede, en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas, en los asuntos que esté conociendo, tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión".

También la doctrina ha considerado la insuficiencia del efecto vinculante de las recomendaciones.

Francisco R. Barbosa Delgado<sup>5</sup> sostiene que la eficacia de los informes individuales y generales en el Sistema Interamericano es precaria.

En cuanto a los informes individuales, manifiesta, "debe tenerse en cuenta que si se presenta la circunstancia de proferirse el informe preliminar por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y éste no es acatado en sus recomendaciones por el Estado afectado por la decisión, el caso podrá remitirse a la Corte Interamericana de Derechos Humanos según lo explicado con antelación. No obstante, el problema surge cuando el caso no es enviado a la Corte por cuanto en ese caso se realiza un informe final, en el cual la Comisión hace las recomendaciones pertinentes y fija un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada. Una vez transcurra el plazo, la Comisión decide si lo publica o no.

<sup>5</sup> Litigio Interamericano, Perspectiva Jurídica del Sistema de Protección de Derechos Humanos, Universidad de Bogotá JORGE TADEO LOZANO, Bogotá D.C., Primera Edición, 2002, Página 167.



Como se desprende de las glosas anteriores, la publicación de este segundo informe no le soluciona el problema al peticionario, quien tiene que rogar para que su caso le sea enviado a la Corte o, en última instancia, lograr una solución amistosa con la que medianamente pueda llenar sus expectativas.

Algunos defensores cerriles del Sistema, dirán que la ineficacia de los informes de la Comisión es una falacia, por cuanto hoy en día el peticionario puede enviar su caso a la Corte. Sin embargo, esos razonamientos son más falsos aún, por cuanto la Comisión continúa manteniendo la facultad de determinar qué caso envía a la Corte”.

A su turno, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos<sup>6</sup>, considera que si bien en algunos países de la región se han venido invocando y aplicando las normas de derechos humanos de origen internacional, se trata de una medida insuficiente, debido, precisamente, a la falta de claridad existente acerca de la vigencia y exigibilidad de dicha normatividad.

Hay que tener presente, a juicio del Instituto, que no todas las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos son equivalentes y en ese orden de ideas, diferencia entre los convenios o pactos –tratados– de los cuales los Estados se hacen parte a través de un procedimiento y las declaraciones de derechos de determinados organismos internacionales. Así, mientras las primeras resultan exigibles ante los tribunales nacionales, las segundas pueden ser invocadas como fuentes auxiliares de interpretación y elaboración de las primeras.

En concreto, señala la entidad que “La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones

---

<sup>6</sup> Guía sobre Aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna, San José de Costa Rica, 1996, páginas 43 y ss.



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written over the page number and case name.

*Internacionales, de 1986, incorporó a estas organizaciones como partes potenciales de un tratado internacional y mantuvo los otros elementos de definición.*

*Por otro lado, son también fuentes del derecho internacional de los derechos humanos aquellas declaraciones u otros documentos que son emitidos por instancias representativas de los estados, de nivel mundial –como Naciones Unidas– o regional –como la Organización de Estados Americanos–, pero no se abren al proceso de suscripción y ratificación, mediante el cual los estados hacen suyas formalmente las obligaciones contenidas en el documento”.*

*La vigencia y exigibilidad de unas y otras fuentes, añade, “no son las mismas. En el caso de las primeras – pactos y convenios de los cuales el estado nacional se ha hecho parte–, la vigencia empieza en un momento dado y puede concluir en otro. Durante ese lapso de vigencia formalmente determinable, la exigibilidad de sus contenidos normativos ante los tribunales nacionales del estado parte es plena y se halla sujeta a las reglas previstas constitucionalmente respecto al rango con el cual las normas contenidas en los tratados resultan incorporadas al orden interno; reglas que han sido examinadas antes, para los casos correspondientes a los países de la región”.*

*Y, en lo concerniente al segundo tipo de fuente del derecho internacional de los derechos humanos, es decir, las declaraciones u otro tipo de documentos emitidos por instancias internacionales (caso de las recomendaciones), indicó que “carece de las formalidades descritas para la entrada en vigencia dentro de un país dado y, por lo mismo, no tiene la obligatoriedad que acompaña a los convenios y pactos internacionales, una vez ratificados por el país de que se trate.*

*Estos documentos, sin embargo, tienen contenidos orientadores sumamente importantes para determinar el*



sentido del derecho internacional de los derechos humanos. A menudo, desarrollan y elaboran de una manera más completa aquellos criterios que resultan de utilidad para aplicar las normas contenidas en los convenios y pactos. Por esta razón son de gran valor como fuente auxiliar y pueden ser provechosamente usados para profundizar la interpretación de las normas de derechos humanos de origen internacional”.

Es que, razona la Corte, si la sola recomendación tuviese fuerza vinculante para el Estado adscrito a la Convención Americana de Derechos Humanos, no tendría sentido adelantar, dentro del que se entiende sistema progresivo, a renglón seguido, si ella es desatendida, la actuación de naturaleza judicial ante la Corte Interamericana, que culmina, como se anotó anteriormente, con una decisión, ella sí vinculante.

En este sentido, mírese que la actuación de la Corte Suprema de Justicia, no puede ser eminentemente pasiva o de legitimación en el orden interno de la decisión tomada por la instancia judicial internacional –caso de las sentencias proferidas por la Corte Interamericana–, por la sencilla razón de que hasta el momento no se ha adelantado un nuevo proceso judicial que por su naturaleza y efectos derrumbe la cosa juzgada, luego de la práctica probatoria y argumental pertinente, desde luego, con amplio respeto por los derechos del perjudicado con la decisión.

Hasta el presente, cabe recordar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recibió algunos informes y adelantó ciertos trámites formales, a partir de los cuales, el órgano administrativo recomendó al Estado colombiano, también una autoridad administrativa, realizar algunas gestiones en aras de proteger los derechos humanos.

Esas gestiones implicaron, como ahora se desarrolla, acudir al Ministerio Público para que se adelante el proceso de revisión, pero de ninguna manera, como se anotó, conducen por sí mismas a determinar cubierta la causal de revisión a la



que se acudió, ni mucho menos demostrado judicialmente que, efectivamente, se pasaron por alto en la investigación y juzgamiento los derechos de los afectados.

Por todo lo anterior, la Sala reitera que el efecto vinculante de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es limitado e insuficiente.

No como lo entienden los delegados de la Procuraduría General de la Nación, al punto tal de sostener que la recomendación N° 1 del Informe 5/06, por sí sola, obliga al Estado colombiano a anular, sin ningún tipo de análisis, la actuación ventilada ante la justicia penal militar, y a realizar, en consecuencia, una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables por la muerte de Leydi Dayán Sánchez Tamayo.

El Informe y la mencionada recomendación que contiene, en tanto, acto jurídico unilateral internacional, tienen como única virtualidad la de propiciar la revisión por parte de la Corte, pero no la de declarar inválida la actuación, sin que previamente la Sala haya verificado si hubo algún tipo de violación en el desarrollo del proceso.

En consecuencia, la definición de si se cumple o no la causal que demanda revisar el proceso, no surge, en estricto sentido, como lo dispone el artículo 192 de la Ley 906 de 2004, en su numeral cuarto, de que esa instancia internacional haya establecido mediante una decisión que, en efecto, se violaron las garantías de seriedad e imparcialidad en la investigación, sino producto de que la Corte Suprema de Justicia, una vez habilitada la posibilidad de examinar el procedimiento, gracias a la recomendación de la Comisión Interamericana, encuentre que en verdad ello ocurrió así, pues, en caso contrario, dada la carencia de efecto vinculante de la dicha recomendación, a la Sala no le corresponde más que avalar el proceso seguido en nuestro país."



Mayor claridad no es dable exigir y, en consecuencia, el asunto que se debate demanda de la Corte verificar lo que el caso concreto enseña, particularmente la investigación adelantada por la Justicia Penal Militar, para determinar si comportó o no las notas de seriedad e imparcialidad echadas de menos por el alto organismo internacional, porque no se trata de cumplir de manera inconsulta la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

#### **4. La causal invocada.**

Conforme el fundamento jurídico de la demanda instaurada por la representación de la Procuraduría General de la Nación, esto es, la causal 4ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, la acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas *“Cuando después del fallo en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates”*.



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written over a horizontal line.

De igual manera, el artículo 193 de la misma normatividad, señala que la acción de revisión podrá ser promovida por el fiscal, el Ministerio Público, el defensor y demás intervinientes, siempre que ostenten interés jurídico y hayan sido legalmente reconocidos dentro de la actuación materia de revisión.

En este evento, la demanda fue presentada por el Procurador 171 Judicial Penal II de Bogotá, funcionario que si bien no intervino en el proceso, la promovió atendiendo a la comisión emanada del señor Procurador General de la Nación, quien así lo dispuso mediante proveído del 22 de marzo de 2011.

El fundamento de la causal, como quedó consignado en el resumen de la demanda, fue el informe No. 15/95 del 13 de septiembre de 1995, expedido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso 11.010 (*Hildegard María Feldman y otros*), en cual concluyó:

*"1. Que el Gobierno de Colombia ha dejado de cumplir con su obligación de respetar y garantizar los derechos contenidos en los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 8 (garantías judiciales) y 25 (sobre protección judicial), en conexión con el artículo 1.1. y 2 consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual Colombia es Estado parte, respecto de la muerte de Hildegard María Feldman, Ramón Rojas Erazo y Hernando García.*

*2. Que el Gobierno de Colombia no ha dado cumplimiento a las normas contenidas en el artículo 2do. de la*



*Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptando con arreglo a sus procedimientos constitucionales y legales vigentes, las medidas legislativas o de otro carácter, necesarias para hacer efectivo el derecho de las personas a obtener que se les haga justicia sancionando a los miembros de la fuerza pública en servicio activo, quienes, en desempeño de actos del mismo servicio, violaron el derecho a la vida."*

Acorde con ello, en el informe se **recomienda**, entre otras cosas, que el Estado "...continúe y profundice la investigación sobre los hechos denunciados y sancione a los responsables."

Establecido, entonces, que existe una decisión de instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un primer punto a dilucidar corresponde a la posibilidad de aplicar retroactivamente el numeral 4° de la Ley 906 de 2004, teniendo en cuenta que los hechos investigados ocurrieron el 9 de septiembre de 1990, es decir, en vigencia del Decreto 050 de 1987.

Ello fue dilucidado por la Corte en las Sentencias del 1 de noviembre de 2007 y del 24 de febrero de 2010<sup>7</sup>, de la siguiente manera:

*"Sobre el tópico, cabe destacar que lo que debe definirse, antes que la legislación procesal vigente para el momento de los acontecimientos, es, como en efecto indica el delegado del Ministerio Público, el marco constitucional en que*

<sup>7</sup> Sala de Casación Penal, Rdo. 26.077 y 31.195, respectivamente



*ocurrieron los mismos y se impulsó la cuestionada investigación, que no es otro diferente al que actualmente nos rige.*

*Es así como el inciso 1° del artículo 93 de la Constitución Política de 1991 señala que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.*

*En este orden de ideas, resulta válido afirmar que la Constitución, directamente, confiere plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios debidamente ratificados por Colombia.*

*Y es a partir de esa preceptiva que se ha fundamentado el concepto de bloque de constitucionalidad, referente a las normas constitucionales que no están consagradas directamente en la Carta, pero que regulan principios y valores a los cuales remite esta.*

*Entonces, si la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de protección de los derechos humanos de la Organización de Estados Americanos –OEA–, de la cual forma parte Colombia, como también de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que aprobó la Ley 16 de 1972 y se ratificó el 31 de julio de 1973, forzoso es colegir que la Convención, como instrumento de protección de los derechos humanos, hace parte del ordenamiento interno y del bloque de constitucionalidad.*

*Así las cosas, las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales que han sido aprobados y ratificados por Colombia, en este caso la normatividad contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estaban vigentes para el 21 de marzo de 1998, fecha en la que ocurrió la muerte violenta de la menor Leydi Dayán Sánchez Tamayo.*



Habiéndose señalado, por consiguiente, por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la flagrante violación de los derechos humanos de las víctimas –lo que se tradujo en el incumplimiento protuberante de la obligación del Estado colombiano de administrar justicia–, a pesar de que no se conoció hecho nuevo, ni se allegó prueba no conocida al tiempo de los debates, la acción de revisión se torna procedente.

Así lo consideró, igualmente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-004 de 2003, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 220 numeral 3° parcial de la Ley 600 de 2000, en la que precisó que era menester, en estos eventos, el pronunciamiento previo de una instancia internacional reconocida por nuestro país.

En esta oportunidad, la Corte Constitucional abogó profundamente por los derechos de las víctimas, a los cuales corresponden ciertas obligaciones del Estado, pues, si las víctimas, además de la reparación, acceden a los de verdad y justicia, entonces es deber correlativo del Estado el de investigar seriamente los hechos punibles. Esta obligación estatal es mucho más intensa cuanto más daño social haya ocasionado el hecho punible. Y por ello adquiere particular fuerza en los casos de violaciones de derechos humanos.

De ahí que la Corte Interamericana ha señalado, con criterios que la Corte Constitucional prohija, que las personas afectadas por conductas lesivas de los derechos humanos tienen derecho a que el Estado investigue esos hechos, sancione a los responsables y restablezca, en lo posible, a las víctimas en sus derechos.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Sentencia del 29 de julio de 1988 (Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras), consideró:

“El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos



*humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención” (apartado 176).*

*Los derechos de las víctimas, por lo tanto, adquieren una importancia trascendental que es directamente proporcional a la gravedad del hecho punible, en la medida en que entre más grave haya sido el daño social, mayor consideración debe brindárseles a quienes lo padecen. Ese mayor impacto conlleva a que el compromiso del Estado en las labores investigativa y sancionatoria, comporte mayores niveles de exigencia.*

*Precisamente entre los delitos que causan un mayor daño social y, en consecuencia, una mayor afectación a las víctimas, se ubican las graves infracciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, con las que se pone en riesgo la preservación de un orden justo, ya que desconocen la dignidad humana y lesionan condiciones mínimas de convivencia social.*

*Este tópico fue analizado por la Corte Constitucional en la providencia citada, de la siguiente manera:*

*“30- La Corte concluye entonces que existe una afectación particularmente intensa de los derechos de las víctimas (CP art. 229), que obstaculiza gravemente la vigencia de un orden justo (CP art. 2°), cuando existe impunidad en casos de afectaciones a los derechos humanos o de violaciones graves al derecho internacional humanitario. Esta impunidad es aún más grave si ella puede ser atribuida al hecho de que el Estado colombiano incumplió con su deber de investigar, en forma seria e imparcial, esas violaciones a los*



derechos humanos y al derecho internacional humanitario, a fin de sancionar a los responsables.

En tales condiciones, la fuerza normativa de los derechos constitucionales de las víctimas y el imperativo que la Carta impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo (CP art. 2º) implican que en los casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esos atroces comportamientos, entonces pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existen decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada. La razón es que una prohibición absoluta de reiniciar esas investigaciones obstaculiza la realización de un orden justo e implica un sacrificio en extremo oneroso de los derechos de las víctimas. Por consiguiente, en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas desplazan la protección de la seguridad jurídica y la garantía del non bis in ídem, y por ello la existencia de una decisión absolutoria con fuerza de cosa juzgada no debe impedir una reapertura de la investigación de esos comportamientos, si aparecen hechos o pruebas nuevas no conocidas al tiempo de los debates. Y es que la seguridad jurídica en una sociedad democrática, fundada en la dignidad humana, no puede estar edificada sobre la base de silenciar el dolor y los reclamos de justicia de las víctimas de los comportamientos más atroces, como son las violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario.

31- La Corte concluye entonces que la restricción impuesta por las expresiones acusadas es desproporcionada frente a los derechos de las víctimas, cuando se trata de la impunidad de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario. En esos eventos, los derechos de las víctimas no sólo autorizan sino que exigen una limitación al non bis in ídem, a fin de



permitir la reapertura de esas investigaciones, si surge un hecho o prueba nueva no conocida al tiempo de los debates procesales. Era entonces necesario que la ley previera esa hipótesis al regular las causales de revisión, por lo que la Corte deberá condicionar el alcance de las expresiones acusadas en ese aspecto.

32- Como ya se explicó anteriormente, la impunidad de las violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario es más grave, cuando el Estado ha incumplido en forma protuberante con sus deberes de investigar y sancionar seriamente esos delitos. En esos eventos, la preponderancia de los derechos de las víctimas y de la búsqueda de un orden justo sobre la seguridad jurídica y el *non bis in idem* es aún más evidente, por las siguientes dos razones: De un lado, para las víctimas y los perjudicados por una violación a los derechos humanos, la situación resulta aún más intolerable, pues su dignidad humana es vulnerada en cierta medida doblemente, ya que esas personas no sólo fueron lesionadas por un comportamiento atroz sino que, además, deben soportar la indiferencia del Estado, quien incumple en forma protuberante con su obligación de esclarecer esos actos, sancionar a los responsables y reparar a los afectados.

De otro lado, en cambio, una posible revisión de aquellos procesos en que el Estado, en forma protuberante, dejó de lado su deber de investigar seriamente esas violaciones a los derechos humanos, no impacta en forma muy intensa la seguridad jurídica, por la sencilla razón de que en esos procesos las autoridades realmente no realizaron una investigación seria e imparcial de los hechos punibles. Y por ende, precisamente por ese incumplimiento del Estado de adelantar seriamente la investigación, la persona absuelta en realidad nunca estuvo seriamente procesada ni enjuiciada, por lo que una reapertura de la investigación no implica una afectación intensa del *non bis in idem*. Eso puede suceder, por ejemplo, cuando la investigación es tan negligente, que no es más que aparente, pues no pretende realmente esclarecer lo sucedido sino absolver al imputado. O también en aquellos



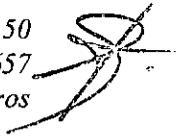
A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written over the page number and case name.

eventos en que los funcionarios judiciales carecían de la independencia e imparcialidad necesarias para que realmente pudiera hablarse de un proceso.

Es pues claro que en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos o de infracciones graves al derecho internacional humanitario derivadas del incumplimiento protuberante por el Estado colombiano de sus deberes de sancionar esas conductas, en el fondo prácticamente no existe cosa juzgada, pues ésta no es más que aparente. En esos eventos, nuevamente los derechos de las víctimas desplazan la garantía del non bis in ídem, y por ello la existencia de una decisión absolutoria con fuerza formal de cosa juzgada no debe impedir una reapertura de la investigación de esos comportamientos, incluso si no existen hechos o pruebas nuevas, puesto que la cosa juzgada no es más que aparente”.

Es, por todo lo anterior, admisible la causal invocada en este evento, con fundamento en el numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, a pesar de que para la fecha de los hechos, y, en general, para la época en que la justicia penal militar rituló el trámite que culminó con sentencia absolutoria, no había entrado en vigencia en el ordenamiento interno colombiano la norma en cuestión, en tanto, se reitera, independientemente de la legislación interna regulatoria de la materia, ya para ese momento, en el ámbito de los tratados vigentes suscritos por Colombia y, en consecuencia, con fuerza obligacional que dimanara del bloque de constitucionalidad, era menester adelantar una adecuada y suficiente investigación que tutelase los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

El soporte de la misma, se reitera, lo constituye el marco constitucional en rigor por ese entonces, que no es otro que los convenios y tratados internacionales aprobados y ratificados por Colombia.”



Acorde con lo reseñado en el apartado jurisprudencial, si se tiene claro que los hechos por los cuales se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ocurrieron con posterioridad a la aprobación y ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que integra la legislación interna a través del bloque de constitucionalidad, no cabe duda de la pertinencia de acudir a la causal que contempla el numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004.

En ese orden de ideas, se cumple con el presupuesto exigido por la norma en cita, como es que una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual Colombia ha aceptado formalmente su competencia –Comisión Interamericana de Derechos Humanos–, ha emitido una decisión –Informe N° 15/95 del 13 de septiembre de 1995–, con la cual ha establecido que el Estado incumplió de manera protuberante la obligación de investigar seria e imparcialmente las violaciones a los derechos humanos de *Hildegard María Feldman*, *Ramón Rojas*, *Hernando García* y *Luz Marina Erazo*.

## 5. Las víctimas.

Además del argumento jurídico que dice relación con el bloque de constitucionalidad, la Corte estima que la facultad de acudir ultractivamente a la causal 4° en cita, funda también sus



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written over the printed name.

raíces en la preeminencia que actualmente se da a la condición de las víctimas y la forma como sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, pueden ser efectivamente garantizados.

Y por esta razón, debe reiterarse lo que se anotó en los fallos con radicación No. 26.077 y 31.195:

*"Partiendo del indiscutible reconocimiento de que los Estados están jurídicamente obligados a proteger los derechos humanos y, en consecuencia, deben investigar las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción con el fin de identificar los responsables e imponerles las sanciones pertinentes, porque la omisión a esta exigencia desconoce el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad sobre lo sucedido, y a una adecuada reparación, la Constitución Política, los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, imponen el deber-obligación al Estado colombiano de incorporar en la legislación interna normas que permitan prohibir las violaciones del derecho a la vida, la integridad y libertad personales, etc., y que dispensen castigo a los responsables, lo cual, como lo recordó la Sala en la trascendente decisión del 11 de julio de 2007, no sólo incumbe al órgano legislativo,*

*"...sino a toda la institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas fuerzas de policía o fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias, no sólo a nivel legislativo, administrativo y judicial, mediante la emisión de normas penales y el establecimiento de un sistema de justicia para prevenir, suprimir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también para prevenir*



y proteger a los individuos de actos criminales de otros individuos e investigar efectivamente estas situaciones<sup>8</sup>.”

En el sistema interamericano, la jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas ha evolucionado a partir de denuncias internacionales de derechos humanos, luego de la apertura democrática en países que vivieron dictaduras en las décadas de los 70 y 80, particularmente en los casos de la autoamnistía en Chile, en Uruguay y en los casos contra Argentina por la promulgación de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, y de indultos presidenciales con posterioridad a la ratificación de la Convención<sup>9</sup>.

Es así como sobre el concepto de víctima, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señaló que:

“La palabra ‘víctima’ hace referencia a aquellos individuos que han sido afectados por la violación de sus derechos. La Comisión entiende que, en los casos en los cuales se produce una violación del derecho a la vida, la omisión del Estado de proveer recursos efectivos afecta a los familiares de la persona muerta, y por lo tanto, los transforma en ‘víctimas’ indirectas de la violación al derecho a la protección judicial, definida en un sentido amplio, es decir, incluyendo el derecho a la reparación”<sup>10</sup>.

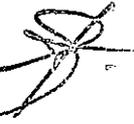
A su vez, la declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, establece que:

“Se entenderá por ‘víctimas’ a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 1 de julio de 2006, Caso de la Masacre de Ituango - Colombia (negritas agregadas). Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

<sup>9</sup> Documento elaborado por Claudia Cecilia Ramírez C., Corporación Sisma Mujer, Proyecto Regional Corte Penal Internacional y Justicia de Género.

<sup>10</sup> Caso Raquel Martín de Mejía vs. Perú, N° 10.970, informe No 5/96.



fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigentes en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

“Podrá considerarse ‘víctima’ a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión ‘víctima’ se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”<sup>11</sup>.

Por su parte, los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales (Principios de Bassiouni) adoptados por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU mediante resolución 2005/35, establecen que:

“Se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término ‘víctima’ también comprenderá a la familia inmediata o a las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a las víctimas en peligro o para impedir la victimización.

“Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido

<sup>11</sup> Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, suscrita en el séptimo congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente. Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985.



identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima”.

Finalmente, cabe citar el Estatuto de Roma –reglas de procedimiento y pruebas-, que trae las siguientes definiciones:

*“Sección III. Víctimas y testigos. Definición de Víctimas.*

a. *Por víctimas se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte.*

b. *Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias, la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios”.*

*En el orden interno, cabe señalar que la Carta Política de 1991 elevó a rango constitucional el concepto de víctima cuando en el numeral 4 del artículo 250 Superior (antes de la reforma introducida a través del Acto Legislativo 03 de 2002), señala que el Fiscal General de la Nación debe “velar por la protección de las víctimas”. Además, del artículo 2º de la Carta, se deduce que en las investigaciones y procedimientos necesarios para esclarecer los hechos punibles, las autoridades en general, y las judiciales en particular, deben propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de bienes jurídicos de particular importancia para la vida en sociedad.*

*En cuanto a la finalidad de la intervención de las víctimas y perjudicados dentro del proceso penal, en un principio esa intervención sólo estaba orientada a la reparación de perjuicios materiales. No obstante, dicha posibilidad evolucionó hacia una protección más integral de los derechos de la víctima y hoy no se discute que también tienen un interés en la verdad y la justicia.*



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written over the printed name.

*Es así como la jurisprudencia constitucional al advertir la necesidad de conciliar el alcance del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, de los contenidos materiales del debido proceso, del derecho de igualdad, del derecho de participación y los derechos de las víctimas, en la sentencia C-228-02, introdujo una importante modificación sobre los derechos de la parte civil en el proceso penal (en el sistema de la Ley 600 de 2000), concluyendo lo siguiente:*

*“...tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia –no restringida exclusivamente a una reparación económica– fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.*

*“De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso:*

*1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.*



2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito<sup>12</sup>.

Esa decisión influyó en la jurisprudencia de esta Corte, pues a partir de entonces comprendió que los derechos de las víctimas de una conducta punible no se agotan en la reparación del daño patrimonial causado con el delito, ya que en un Estado social de derecho, en el caso de delitos, la justicia para las víctimas no se obtiene con la simple reparación patrimonial, sino que es necesario, además, que se realicen sus derechos a la verdad y a la justicia. El primero, en cuanto implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se descubran los responsables de tales conductas. Y, el segundo, en cuanto abarca la obligación del Estado a investigar lo sucedido, a perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, a condenarlos.

La reconceptualización de los derechos de las víctimas, a partir de la Constitución, se funda en varios principios y preceptos constitucionales, a saber:

"(i) En el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Art. 93 CP); (ii) en el hecho de que el Constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (Art. 250 num. 6 y 7 CP); (iii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (Art. 2° CP); (iv) en el

<sup>12</sup> Con este pronunciamiento se consolidó una línea jurisprudencial ya planteada en las Sentencias C-740-01, C-1149-01 y SU-1184-01.



*principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (Art. 1° CP); (v) en el principio del Estado Social de Derecho que promueve la participación, de donde deviene que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias”<sup>13</sup>.*

*La Corte Suprema de Justicia, en la ya citada decisión del 11 de julio de 2007<sup>14</sup>, destacó, además, que frente a las violaciones de los derechos humanos el Estado debe garantizar a las víctimas un recurso efectivo que ofrezca resultados o respuestas adecuadas<sup>15</sup>, lo cual significa que sólo se hace justicia y se obtiene eficacia del recurso efectivo, cuando quienes han sufrido la violación de los derechos humanos, obtienen verdad, justicia y reparación<sup>16</sup>.*

*De esa manera, la víctima en la legislación interna, ha quedado cubierta por*

*“un sistema de garantías fundado en el principio de la tutela judicial efectiva<sup>17</sup>, de amplio reconocimiento*

<sup>13</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-454 de 2006.

<sup>14</sup> Radicado No. 26.945.

<sup>15</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cesti Hurtado vs. Perú. Sentencia del 29 de septiembre de 1999. Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Palmeras vs. Colombia. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

<sup>17</sup> El principio de la tutela judicial efectiva encuentra ubicación constitucional en los artículos 229 y 29 de la Carta, sin perjuicio de su ampliación por la vía del artículo 93, que ha permitido el ingreso de las fuentes internacionales que consagran esta garantía.



*internacional<sup>18</sup>, y con evidente acogida constitucional a través de los artículos 229, 29 y 93 de la Carta. Este principio se caracteriza por establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral. Ello implica que garantías como el acceso a la justicia (Art. 229); la igualdad ante los tribunales (Art. 13); la defensa en el proceso (Art. 29); la imparcialidad e independencia de los tribunales<sup>19</sup>; la efectividad de los derechos (Arts. 2º y 228); sean predicables tanto del acusado como de la víctima. Esta bilateralidad, ha sido admitida por esta Corporación al señalar que el complejo del debido proceso, que involucra principio de legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías, y el juez natural, se predicán de igual manera respecto de las víctimas y perjudicados<sup>20</sup>.*

*Por lo tanto, debe entenderse que el complejo del debido proceso –legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y respeto al juez natural– se predicán, en el proceso penal, de igual manera para el acusado como para la víctima.”*

## **6. De los efectos de la cesación de procedimiento en punto de la acción de revisión**

El numeral 4º del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, establece que la causal sólo opera respecto del fallo absolutorio, con lo cual, en principio, podría pensarse que la cesación de procedimiento ordenada por la Justicia Penal Militar, no permite acudir a este especial mecanismo.

<sup>18</sup> Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>19</sup> Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>20</sup> Sentencia SU-1184 de 2001.



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written over the typed name.

Al respecto debe anotarse, en primer lugar, que a través de la Sentencia C-979 de 2005, la Corte Constitucional declaró inexecutable el término “*absolutorio*”, que acerca del fallo pasible del recurso de revisión por obra de la causal cuarta se consagra allí, por entender que ello limita bastante la posibilidad de que se pueda derrumbar el valor de cosa juzgada a través de la especial acción, en los casos en los cuales la condena es solo aparente y en la práctica conduce a la impunidad, reflejando así que el proceso no fue serio o imparcial.

Hecha la precisión, es necesario destacar también cómo la inclusión de la causal cuarta, dentro del listado de circunstancias que facultan acudir a la acción de revisión, si bien es novedosa en cuanto a la consagración legislativa comporta, no despunta actual o vigente únicamente desde la expedición de la Ley 906 de 2004, pues, por vía jurisprudencial ya la Corte Constitucional, en la Sentencia C-004 de 2003, había ampliado los efectos del numeral 3° del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, precisamente para facultar que se derrumbasen las decisiones que pongan fin a un proceso que no se hubiese adelantado con seriedad e imparcialidad, generando impunidad.

En la sentencia en cuestión anotó la Corte Constitucional, que precisamente por los condicionamientos contenidos en el concepto de cosa juzgada, la posibilidad ofrecida demandaba de



precisas limitaciones y, entonces, significó, para lo que nos ocupa, como exigencia necesaria para facultar la acción de revisión, que previamente exista un "...pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país."

No cabe duda, entonces, que lo consignado en el numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, constituye reproducción casi fiel de lo manifestado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-004.

Pero, en la sentencia citada, además se anotó:

*"37- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que a fin de armonizar los derechos de las víctimas y el deber del Estado de lograr la vigencia de un orden justo con la protección de la seguridad jurídica y del non bis in ídem, es inevitable condicionar la constitucionalidad de las expresiones acusadas, puesto que es posible distinguir las siguientes tres hipótesis:*

*De un lado, en relación con los hechos punibles en general, esas expresiones son constitucionales pues son un desarrollo legítimo de la garantía del non bis in ídem.*

*De otro lado, en tratándose de violaciones a los derechos humanos y de infracciones graves al derecho internacional humanitario, dichas restricciones se tornan inconstitucionales, y por ello debe entenderse que frente a esos comportamientos, la acción de revisión por la aparición de un hecho nuevo o de una prueba no conocida al tiempo de los debates, procede también en los casos de preclusión de la*



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written in a cursive style.

investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, con el fin de evitar la impunidad de esos comportamientos atroces y poder esclarecer la verdadera responsabilidad de los procesados. Con el fin de amparar la seguridad jurídica y el non bis in ídem, debe existir un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, que constaten la existencia de ese hecho nuevo o de esa prueba no conocida al tiempo de los debates.

Finalmente, también en los eventos de violaciones a los derechos humanos y violaciones graves a los derechos humanos, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo del proceso, la acción de revisión procede frente a la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento o la sentencia absolutoria, siempre y cuando una decisión judicial interna, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar, en forma seria e imparcial, las mencionadas violaciones. Esa decisión judicial interna o de una instancia internacional de supervisión de derechos humanos que constata la omisión del deber estatal de impartir justicia es entonces el elemento que justifica dejar sin efecto la decisión absolutoria que había hecho formalmente tránsito a cosa juzgada, pues pone en evidencia que la cosa juzgada era en realidad aparente."

De esta manera, está claro que la Corte Constitucional, en la *ratio decidendi* de la sentencia examinada, considera que establecer restricciones a la acción de revisión cuando esta versa sobre violaciones a los derechos humanos o al Derecho Internacional Humanitario y se ha presentado decisión judicial



interna o de organismo internacional de verificación de derechos humanos, atenta contra caros principios constitucionales.

Desde luego que esas mismas razones operan para lo consagrado en el numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, no solo porque, como se vio, este no hace más que desarrollar el antecedente jurisprudencial, sino en atención a que los presupuestos de hecho se avienen completamente con las situaciones que referencia esa alta Corporación como sustento de la necesidad de que se pueda derrumbar cualquier decisión, no solo el fallo absolutorio o condenatorio aparente, que represente violación de derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario, con afectación de las víctimas por no haberse adelantado una investigación seria e imparcial.

Así las cosas, es evidente que la decisión tomada por la Justicia Penal Militar, en cuanto decretó la cesación de procedimiento a favor del Teniente **NÉSTOR ARMANDO BELTRÁN DUSSAN**, el Cabo Primero **WILSON ALBERTO CONDE CHILITO**, y de los Soldados **ROBINSON GUILLERMO QUIROZ CORREA**, **CARLOS ALBERTO CARDONA NAVIA**, **JULIO CÉSAR CAICEDO ANGULO**, **TEMÍSTOCLES BALANTA CARABALÍ**, **HERNÁN VARONA LIZCANO**, **JORGE DELGAR PARRA HERNÁNDEZ**, **GUSTAVO ADOLFO CAICEDO**, **LUIS EDUARDO MORA CAICEDO**, **OMAR EDUARDO ÁLVAREZ MORA**, **JOSÉ ELDES CAICEDO**, **LUIS CARLOS ASPRILLA MOSQUERA**, **WALTER HERNÁNDEZ**



**RAMÍREZ, LUIS EDGAR MONTAÑO VALENCIA** y **ABEL CHILLAMBO GODOY**, con plenos efectos de cosa juzgada y facultad material de terminar el proceso y conducir a su archivo, se aviene con aquellas circunstancias concretas de impunidad que permiten, desde luego, con el cumplimiento de los otros requisitos consagrados en la norma, acudir a la acción de revisión para enervar esos que se entienden nocivos efectos.

#### **7. Verificación de una investigación seria e imparcial de autoridad competente.**

Involucrados de lleno en la determinación de si materialmente se cumplen o no los requisitos consagrados en el numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, para derrumbar los efectos de cosa juzgada de las decisiones tomadas por la Justicia Penal Militar, son dos las cuestiones que debe dilucidar la Corte en el caso concreto.

La primera, se encamina a definir si efectivamente la conducta de la fuerza pública, específicamente, del Teniente **NÉSTOR ARMANDO BELTRÁN DUSSAN**, el Cabo Primero **WILSON ALBERTO CONDE CHILITO**, y de los Soldados **ROBINSON GUILLERMO QUIROZ CORREA**, **CARLOS ALBERTO CARDONA NAVIA**, **JULIO CÉSAR CAICEDO ANGULO**, **TEMÍSTOCLES BALANTA CARABALÍ**, **HERNÁN VARONA**



**LIZCANO, JORGE DELGAR PARRA HERNÁNDEZ, GUSTAVO ADOLFO CAICEDO, LUIS EDUARDO MORA CAICEDO, OMAR EDUARDO ÁLVAREZ MORA, JOSÉ ELDES CAICEDO, LUIS CARLOS ASPRILLA MOSQUERA, WALTER HERNÁNDEZ RAMÍREZ, LUIS EDGAR MONTAÑO VALENCIA y ABEL CHILLAMBO GODOY,** debe entenderse un acto propio del servicio que se halle cubierto por el fuero investigativo propio de la Justicia Penal Militar.

La segunda, busca verificar si la investigación adelantada por esa jurisdicción fue seria e imparcial, o mejor, si por consecuencia de ella no se generó una abierta impunidad.

Por su directa y necesaria correlación, la Corte abordará de manera conjunta, en el plano jurídico y en el fáctico, el examen de los cuestionamientos en reseña.

### **7.1. La Justicia Penal Militar y el fuero.**

Dentro de la concepción del debido proceso ocupa lugar predominante el concepto de competencia, en inescapable simbiosis con el principio de juez natural y la forma de organización judicial, conforme la consagración expresa que de ello se hace en el artículo 29 constitucional cuando refiere que *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que*



*se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio."*

Por lo tanto, el desconocimiento a este principio constituye una violación del derecho al debido proceso, ya que implica la ausencia de uno de sus elementos fundamentales, esto es, que la valoración jurídica sea llevada a cabo por quien tiene la facultad y la autoridad para hacerlo, de modo que exista un fundamento para asumir las cargas e implicaciones que de ella se derivan.

Y ello adquiere especial connotación en punto a los derechos a la justicia y a la verdad de las víctimas de delitos, pues como lo advirtió la Corte Constitucional<sup>21</sup>, resulta decisivo establecer si un hecho punible atribuido a un militar es un acto relacionado con el servicio, ya que la responsabilidad derivada de la existencia o no de la mencionada relación será distinta. De esa manera, el primer elemento para conocer la verdad de lo acaecido y establecer quiénes son los responsables depende, en buena medida, de que se determine si el acto reunía dichas calidades.

Precisamente, detallando las particularidades del fuero examinado, la Corte Constitucional señaló en la sentencia de exequibilidad C-358 de 1997:

---

<sup>21</sup> Sentencia SU-1184 de 2001.



"5. La nota de especialidad del derecho penal militar, que explica su contenido y fija su alcance, la determina la misma Constitución al vincular las conductas típicas sancionadas por este código a la prestación activa del servicio confiado a los integrantes de la fuerza pública. En un Estado de Derecho, la función militar y la policiva están sujetas al principio de legalidad. El ejercicio del monopolio de la fuerza por el Estado, y las condiciones y modalidades en que se desarrolla, sólo son legítimos cuando se realizan conforme a la Constitución y a la ley. Entre las muchas normas que configuran el marco jurídico aplicable al uso y disposición de la fuerza que detenta el Estado, las que se plasman en el Código Penal Militar tienen la mayor relevancia en cuanto que en ellas se imponen deberes de acción o de abstención a los miembros de la fuerza pública. A través del derecho penal militar se pretende excluir comportamientos reprochables que, pese a tener relación con el servicio, denotan desviación respecto de sus objetivos o medios legítimos.

6. El concepto de servicio corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asignan a la fuerza pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico. La sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo de servicio por un miembro de la fuerza pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial o, en fin, aprovechándose de su investidura, no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal militar. En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública. El uniforme del militar, por sí sólo, no es indicativo de que lo que hace la persona que lo lleva sea en sí mismo delito militar; por lo tanto, deberá examinarse si su acción o abstención guarda relación con una específica misión militar. De otro lado, el miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written in a cursive style.

cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada: en este caso, el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común. Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo.

Un entendimiento distinto del que se concede a estas hipótesis en esta sentencia, conduciría a desvirtuar la esencia del fuero militar y policial, que de otro modo terminaría por convertirse en privilegio estamental. Repárese que si se aceptara que fueran juzgadas por la justicia penal militar todas las personas a las que se imputa un delito, que haya sido perpetrado haciendo uso de las prendas distintivas de la fuerza pública o utilizando armas de dotación oficial, se estaría admitiendo que el fuero se discierne por la mera circunstancia de que el sujeto activo tenga el carácter de miembro de la fuerza pública sin parar mientes en la relación de su proceder con el servicio castrense objetivamente considerado. El simple hecho de que una persona esté vinculada a la fuerza pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de la fuerza pública. Ellos continúan siendo simplemente la voluntad delincuenciales imputable a la persona, desconectada del servicio público de la defensa y de la seguridad públicas, la cual en un plano de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias.

7. Además del elemento subjetivo –ser miembro de la fuerza pública en servicio activo–, se requiere que intervenga un elemento funcional en orden a que se configure constitucionalmente el fuero militar: el delito debe tener relación con el mismo servicio. Lo anterior no significa que la comisión de delitos sea un medio aceptable para cumplir las misiones confiadas a la fuerza pública. Por el contrario, la Constitución y



*la ley repudian y sancionan a todo aquel que escoja este camino para realizar los altos cometidos que se asocian al uso y disposición de la fuerza en el Estado de derecho, puesto que éste ni requiere ni tolera el recurso a medios ilegítimos para la consecución de sus fines. El servicio está signado por las misiones propias de la fuerza pública, las cuales por estar sujetas al principio de legalidad en ningún caso podrían vulnerarlo.*

*No obstante que la misión o la tarea cuya realización asume o decide un miembro de la fuerza pública se inserte en el cuadro funcional propio de ésta, es posible que en un momento dado, aquél, voluntaria o culposamente, la altere radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. Justamente a este tipo de conductas se orienta el Código Penal Militar y se aplica el denominado fuero militar. La legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial.*

*La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial.*



La Corte Constitucional, a este respecto, coincide con el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en el auto del 23 de agosto de 1989, MP. Gustavo Gómez Velásquez:

"Los delitos de carácter común son los que usualmente, por su naturaleza, dan lugar a perplejidades en cuanto a deducir el fuero de carácter militar. Es corriente, en un principio, considerar los mismos como ajenos a la función castrense. Pero este general y apriorístico criterio, no resulta de fatal aplicación. Cuando esta clase de infracción aparezca como realizada dentro del ejercicio de un servicio de carácter militar, a no dudarlo, debe discernirse el fuero. Pero la función castrense debe aparecer nítida, esto es, que no se dude que se estaba en su desempeño legítimo y que, como consecuencia de su aplicación, que inicialmente no envolvía la comisión de hecho delictuoso alguno, ocurrió eventualmente el hecho criminoso.

Estos aspectos son de sumo interés y establecen nota distintiva fundamental para apreciar la cobertura y alcance del fuero militar. Si se llega a la función, con el propósito de ejercerlas con fines delictivos y en desarrollo de éstos se cumple aquélla, es indubitable que se está frente a una actividad criminoso que no puede cobijar el fuero para que sea la justicia castrense la que conozca de tal comportamiento. Pero sí por el contrario se está dentro de una sana y recta aplicación de la función militar y en cumplimiento de la misma se origina y desarrolla la conducta punible, por lo mismo que ésta tiene con aquélla un vínculo sustancial, debe inferirse la vigencia y reconocimiento del cuestionado fuero.

En el caso sub examine es cierto que los procesados cumplían una tarea de carácter militar (guardia externa y mantenimiento en el barrio Navy Cay), aunque caprichosamente resolvieron mudar el sitio de su prestación, lo cual ha originado una sindicación por el delito de "desobediencia". Para nada tenía que involucrarse ésta con funciones policivas relacionadas con el control de



estupefacientes. Accidentalmente apareció en la playa un costal con unos 55 kilos de marihuana, siendo llamados los infantes de marina para recogerla, actividad ésta que no implica delito alguno, pero sí el comportamiento posterior, esto es, el haber aprovechado la posesión del estupefaciente para intentar, en asocio de un particular, su venta. En estas condiciones, la retención de ese alucinógeno, que bien pudo hacerlo cualquier particular y llevarlo a la autoridad respectiva, no comporta la aplicación específica de un servicio, que dé lugar a la acción delictiva. El servicio se roza con ésta, pero no es propia de aquél. De ahí que no pueda extenderse su alcance a comportamiento de tales características.

Conviene, además, enfatizar sobre lo siguiente: el ámbito restringido sobre el cual opera la justicia penal militar, ya que por mandato constitucional sólo puede ésta conocer de conductas delictuosas cometidas por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio (art. 170 C.N.), no posibilita el que entren a éste ámbito judicial de excepción otros comportamientos u otros procesados, ni siquiera por vía del Instituto de la conexidad o de la acumulación. De ahí, pues, que para que éstos operen, debe tratarse de personas procesadas que tengan ese carácter y realicen conductas de tan específica índole. Ni los delitos comunes, privados de relación con el servicio, ni personas ajenas a la condición militar pueden llevarse a tales tribunales militares, así unos y otros exhiban algunos nexos, como la participación conjunta en los hechos o ligámenes de naturaleza probatoria, etc.

La excepcionalidad de este fuero impone su rigor y de ahí que no puedan establecerse esta clase de unidades procedimentales, muy propias y amplias en el estatuto ordinario de procesamiento. De ahí que se imponga la separación de las investigaciones y de los juzgamientos, para que la justicia castrense sólo se ocupe de lo que a ésta le permite conocer la Constitución: lo exclusivamente relacionado con el servicio que presta el militar activo inculcado.



No es posible, entonces, que delitos comunes, cometidos por militares en servicio activo, pero ajenos a su actividad oficial, y que se puedan mostrar conexos con delitos propios del fuero castrense, se unifiquen, para su conocimiento por parte de los tribunales militares. Debe procederse a separar unos de otros: aquéllos irán a la justicia ordinaria y éstos pasarán a la justicia penal militar".

8. La Constitución se ha ocupado de trazar las coordenadas básicas de la justicia penal militar. Cometido específico del Código Penal Militar será el de especificar, por vía general, los comportamientos que dentro de dicho marco quedan sometidos a la justicia penal militar. Los tipos penales típicamente militares no pueden acuñarse sin tomar en consideración las características propias del servicio militar y policial.

En algunos casos, los tipos penales comunes se incorporan en el Código Penal Militar, con el objeto de introducir elementos y circunstancias inherentes al servicio que presta la fuerza pública y que resulta conveniente tomar en consideración.

Finalmente, el Código Penal Militar –entre otras opciones reservadas al campo de libertad configurativa del legislador–, puede efectuar un reenvío a la legislación penal ordinaria, en lo concerniente a los tipos penales no considerados expresamente, pero que pueden eventualmente ser violados por parte de los miembros de la fuerza pública al dar cumplimiento a las misiones relacionadas con actos y operaciones vinculados con el servicio.

En este último caso, el legislador puede limitarse a trasladar literalmente al Código Penal Militar los tipos penales ordinarios, siempre que se determine como elemento del tipo la relación directa del supuesto criminal con la prestación del servicio militar o policial. De lo contrario, sin justificación alguna se expandiría la justicia penal militar y, además, ella adoptaría un sesgo puramente personalista, ajeno por entero a la finalidad



que la anima y que apunta a preservar la legitimidad que ha de rodear todo acto de disposición y uso de la fuerza pública.

En el plano normativo el legislador no puede, pues, construir los tipos penales militares, modificar los tipos penales ordinarios o incorporarlos en el Código Penal Militar, sin tomar en consideración lo que genuinamente tiene relación directa con los actos propios del servicio militar y policial. La justicia penal militar está montada sobre dos elementos que se equilibran mutuamente: uno de carácter personal –miembro de la fuerza pública en servicio activo– y, otro, de índole funcional –relación del delito con un acto del servicio–. Por consiguiente, el legislador no puede sin más alterar este equilibrio.

Hacer caso omiso de la relación funcional o relajarla hasta el punto de que por ella pueda entenderse todo lo que ocurra mientras se adelanta una acción emprendida por miembros de la fuerza pública o todo aquello que se siga de su actuación, como se desprende de las expresiones examinadas, conduce inexorablemente a potenciar sin justificación alguna el aspecto personal del fuero militar.

Tanto en los delitos típicamente militares como en los comunes cuyos elementos, de una o de otra manera, han sido modificados con el objeto de adaptarlos al contexto de la función militar o policiva, el concepto de servicio o misión legítima constituye un referente obligado para el legislador, que toma de éste características y exigencias propias para proyectarlas luego como ingredientes o aspectos de las diferentes especies punitivas. En estos dos casos convergen de manera ciertamente más acusada los elementos personal y funcional que integran la justicia penal militar.

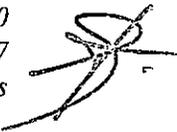
En el tercer caso –recepción pasiva de tipos penales comunes–, el riesgo de reforzar el elemento personal de la justicia penal militar en detrimento del elemento funcional es definitivamente mayor, lo que debe llevar a la Corte a un examen más estricto y riguroso sobre esta parte de la normativa, máxime si se repara en que por dicho sendero el



fuero puede fácilmente trocarse en privilegio y, paralelamente, el derecho especial extender su dominio a costa del derecho penal común y de la jurisdicción ordinaria.

9. Antes de decidir acerca de la aplicación del derecho penal militar en un caso concreto es indispensable que el juez, al analizar el contexto fáctico en el que se cometió el acto delictivo, distinga y confronte la conducta efectivamente realizada y la operación o acción propios del servicio. Tratándose del delito típicamente militar y del delito común adaptado a la función militar –o "militarizado" como lo señalan algunos autores–, tanto el elemento personal como el funcional, constitutivos de la justicia penal militar, son forzosamente estimados por el juez, habida cuenta de que la norma penal los involucra conjuntamente. En el caso de los delitos comunes objeto de recepción pasiva por parte del Código Penal Militar, la ausencia de un condicionamiento positivo estricto dentro del mismo tipo penal, que supedite la competencia de la justicia penal militar a su vinculación directa con un acto u operación propios del servicio, dificulta la decisión acerca de cuál es el derecho penal aplicable. Esa decisión está siempre expuesta a dos peligros igualmente graves y lesivos de la igualdad y del debido proceso: por una parte, la discrecionalidad judicial para definir el juez natural y el derecho aplicable; por otra, la conversión del fuero en privilegio personal y el socavamiento injustificado de la jurisdicción ordinaria. Los mencionados peligros pueden menguarse, sin embargo, si se parte de la definición del fuero penal militar como una excepción a la regla del juez natural general. Ello significa que en todos aquellos casos en los que no aparezca diáfananamente la relación directa del delito con el servicio habrá de aplicarse el derecho penal ordinario.

10. La jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general. Por ende, su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva, tal como lo precisa la Carta Política al establecer en su artículo 221 que la justicia penal militar conocerá "de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en



servicio activo, y en relación con el mismo servicio". Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor –es decir del servicio– que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública. Esta definición implica las siguientes precisiones acerca del ámbito del fuero penal militar:

a) que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales.

b) que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Al respecto es importante mencionar que



esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. En efecto, en la sentencia C-578 de 1995, en el fundamento jurídico 5.3.1. se expresó:

“La orden del servicio es la que objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia. La orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio. Estas acciones, que se enuncian a título de ilustración, son ajenas completamente al objeto de la función pública confiada a los militares y al conjunto de sus deberes legales”.

Por consiguiente, un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria.

La Corte precisa: es obvio que nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por la cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello la justicia castrense no conoce de la realización de “actos del servicio” sino de la comisión de delitos “en relación” con el servicio. Es decir, lo que esta Corporación afirma no es que los delitos de lesa humanidad no constituyen actos del servicio, pues es obvio que en un Estado de derecho jamás un delito –sea o no de lesa humanidad– representa una conducta legítima del.



agente. Lo que la Corte señala es que existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio.

c) que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción.

11. Conforme a lo anterior, la extensión del fuero penal militar a conductas que están más allá de los delitos estrictamente relacionados con el servicio representa una vulneración a la limitación que impuso el Constituyente al ámbito de aplicación de la justicia penal militar. En tales circunstancias, los argumentos expuestos conducen inevitablemente a la declaración de inconstitucionalidad de las expresiones "con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo, o de sus deberes oficiales" incluida en el artículo 190; "con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo", contenida en los artículos 259, 261, 262, 263, 264 y 266; "con ocasión del servicio o por causa de éste" comprendida en el artículo 278; y "u otros con ocasión del servicio", incluida en el artículo 291 del Código Penal Militar. En efecto, en todos estos casos el Legislador extendió el ámbito de competencia de la justicia castrense más allá de lo constitucionalmente admisible, por lo cual la Corte retirará del ordenamiento esas expresiones, en el entendido de que la justicia penal militar sólo se aplica a los delitos cometidos en relación con el servicio, de acuerdo con los términos señalados en el numeral precedente de esta sentencia.



12. Para finalizar este aparte y teniendo en cuenta que luego de esta sentencia el texto del artículo 291 del Código Penal Militar puede resultar equívoco, importa precisar que el contenido vigente del mencionado artículo quedará así: "Juez Natural. Los militares en servicio activo y los miembros de la Policía Nacional, cuando cometan delitos contemplados en este Código, y en relación con el mismo servicio, sólo podrán ser juzgados por los jueces y tribunales establecidos en este Código".

Igualmente, en vista de que las declaraciones de inexecutable podían dejar el artículo 259 del Código Penal Militar sin contenido específico, se declarará la inconstitucionalidad total del artículo, bajo el entendido de que para los delitos de homicidio que deban ser conocidos por la justicia penal militar se aplicará lo establecido en el artículo correspondiente del Código Penal ordinario".

La Corte, de forma reiterada, ha señalado los límites que signan la relación causal indispensable entre el servicio y el delito a fin de facultar la intervención de la Justicia Castrense<sup>22</sup>:

"La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con palabras suyas, pero también compartiendo las de la Corte Constitucional, ha explicado de manera pacífica, reiterada y conteste, que para que una conducta sea considerada "en relación con el servicio", no basta que el agente ostente esa condición para la época de comisión de los hechos. Es imprescindible, además, que de manera patente el acto esté vinculado con las funciones asignadas a las fuerzas militares.

Por vía de ejemplo, en sentencia de segunda instancia del 3 de septiembre del 2002 (radicado 16.482), la Sala hizo

<sup>22</sup> Sentencia del 25 de mayo de 2006, radicado 21923.



propio el siguiente análisis de la Corte Constitucional, expuesto en el fallo T-806 del 29 de junio del 2000:

*En sentencia C-358 de 1997, esta Corporación fijó el alcance del término "en relación con el servicio" a que alude el artículo 221, para concluir, en el mismo sentido que en su momento lo hiciera la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que el fuero militar, por ser una excepción a la regla del juez ordinario, sólo puede operar cuando el delito cometido por el miembro de la fuerza pública tenga un relación directa, un nexo estrecho con la función que la Constitución le asigna a ésta, esto es, la defensa de la soberanía, de la independencia, de la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, como el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica de todos los habitantes del territorio colombiano (artículos 217 y 218 de la Constitución).*

*Por tanto, al no existir el vínculo directo entre conducta delictiva y función militar o policial, y en razón del carácter restrictivo que tiene la institución del fuero militar, la competencia para investigar y sancionar aquélla sólo le corresponde al juez ordinario. Una interpretación diversa, produciría una violación flagrante del texto constitucional, al socavarse la competencia de los órganos que por regla general están llamados a administrar justicia, transgrediéndose así, no sólo uno de los pilares del principio de legalidad y del debido proceso, como lo es el del juzgamiento por el juez natural, sino el principio de igualdad, por cuanto el fuero castrense se convertirla en un privilegio para la fuerza pública, sin razón alguna para ello.*

*(...)*

*Como consecuencia del fallo anterior, los términos "con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo" que estaban contenidos en algunos de los preceptos del Código Penal Militar, se excluyeron del*



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written in a cursive style.

ordenamiento jurídico, por cuanto se entendió que el legislador amplió el ámbito o radio de competencia de la justicia castrense por fuera de los límites establecidos en la Constitución. Por tanto, se dejó en claro que el artículo 221 de la Constitución sólo podía ser aplicable cuando, además de verificarse el elemento personal, es decir, la pertenencia activa a la fuerza pública, se demostrase que el delito tuvo "un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional".

Así mismo, la Corte precisó dos aspectos de suma importancia que han de tenerse en cuenta a la hora de definir la aplicabilidad o no del fuero militar.

El primero, hace referencia a que en ningún caso los delitos denominados de lesa humanidad podrán ser de conocimiento de la justicia penal militar, por la evidente contradicción que se presenta entre éstos y las funciones asignadas por la Constitución a la fuerza pública, por cuanto su ocurrencia a más de no guardar ninguna conexidad con éstas, son, en sí mismas, una transgresión a la dignidad de la persona y vulneración evidente de los derechos humanos. Por tanto, se dejó sentado que un delito de esta naturaleza, siempre ha de ser investigado por la justicia ordinaria, so pena de vulnerarse la naturaleza misma del fuero militar y, por ende, el texto constitucional.

El segundo, tiene que ver más con la dinámica del proceso, pues se determinó que en el curso de éste, deben aparecer pruebas claras sobre la relación existente entre la conducta delictiva del agente de la fuerza pública y la



*conexidad de ésta con el servicio que cumplía. En caso de no existir aquéllas, o duda sobre en qué órgano debe radicarse la competencia, siempre habrá de discernirse ésta en favor de la justicia ordinaria.*

*3.4. Así, ha de aceptarse que el fuero militar y consecuentemente la justicia penal militar, son una excepción a la regla general, según la cual la justicia penal ordinaria, integrada por la Fiscalía General de la Nación y los jueces individuales y colegiados, es la competente para investigar y sancionar a los infractores del régimen penal. Como excepción a la regla general, aquella sólo tendrá efectividad cuando no exista la más mínima duda en el sentido que debe ser ésta y no la jurisdicción ordinaria la que debe conocer de un asunto determinado.*

*En la misma línea, mediante providencia del 13 de febrero del 2003 (radicado 15.705), la Sala de Casación Penal explicó:*

*En efecto, el fuero militar previsto en el artículo 221 de la Carta Política sólo cobija a los miembros de la fuerza pública en servicio activo y exclusivamente por las conductas ilícitas relacionadas con el servicio. Al respecto no han sido pocas las oportunidades en que la jurisprudencia se ha ocupado en torno al concepto de "relación con el servicio", el cual no puede entenderse como una conexión genérica que se presenta entre el servicio activo militar o policial y el delito que realiza quien lo presta, por el contrario, es imprescindible, determinar una "correspondencia" entre el hecho constitutivo de la infracción penal y los deberes que legalmente le competen a esos servidores públicos, dado que, los preceptos superiores imponen los límites dentro de los cuales se puede actuar en un Estado Social de Derecho.*

*De este modo, debe señalarse que entre las funciones propias del servicio militar y la conducta ilícita investigada, debe presentarse una relación según la cual el ilícito debe ser el producto de un ejercicio extralimitado o desviado de las*



funciones propias del servicio, es decir, perteneciente a ellas, situación que no se precisa en este evento, habida consideración de que la conducta ilícita que dio origen a este proceso no se desarrolló en relación con el servicio militar que prestaba el procesado... ni como manifestación de un ejercicio desviado o excesivo del mismo, en la misión de inteligencia y contrainteligencia que le fue encomendada, según lo afirman bajo la gravedad del juramento sus superiores jerárquicos.

Es evidente, entonces, que se trata de un delito cometido por fuera de cualquier atribución o deber, dado que, el hurto calificado y agravado por el cual fue investigado, acusado y condenado en nada se aproxima a una conducta aneja al servicio.

La Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad del Código Penal Militar, a la luz de la nueva Carta Política sobre el fuero militar, señaló...

"Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor –es decir del servicio– que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la fuerza pública...".

"... La expresión 'relación con el mismo servicio', a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan "relación con el mismo servicio". El término "servicio" alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares –defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional– y de la policía nacional –mantenimiento de las



condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica<sup>23</sup>–.

Por su parte, esta Sala de la Corte, ha señalado que la competencia castrense, de linaje constitucional sólo se atribuye cuando el hecho que motiva el proceso ha sido realizado por un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional en ejercicio activo de sus funciones, siempre y cuando la conducta tenga relación con el servicio militar o policial, es decir, que no basta que se trate de un militar o de un policía en servicio activo, sino que es necesario que la conducta ilícita haya sido realizada en relación con el servicio oficial a desempeñar<sup>24</sup>.

El 2 de octubre del 2003 (radicado 18.729) reiteró esa postura, así:

En lo que hace referencia al concepto “relación con el servicio”, la jurisprudencia ha sido reiterativa al señalar que no puede entenderse como una conexión genérica que se presenta entre el servicio activo militar o de policía y la conducta punible que realiza quien lo presta, sino que es necesario determinar una conexión entre el comportamiento constitutivo de infracción a la ley penal y los deberes que constitucional y legalmente le competen a esos servidores públicos, toda vez que tales preceptos imponen las barreras dentro de las cuales se puede actuar en un Estado Social de Derecho.

Por tanto, entre las funciones propias del servicio militar o policial y la conducta punible investigada, debe presentarse una relación según la cual el delito debe ser el producto de un ejercicio extralimitado o desviado de las funciones propias del servicio que prestan las Fuerza Armadas o la Policía Nacional.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-358/97.

<sup>24</sup> C. S. de J. marzo 26 de 1996 y febrero 21 de 2001.



En orden a lograr la necesaria claridad sobre el contenido y alcance del referido concepto, bien está traer a colación, como así también lo hizo el Tribunal Superior de Cúcuta, lo que sobre el particular puntualizó la Corte Constitucional cuando analizó la exequibilidad de la norma legal que desarrollaba el fuero militar.

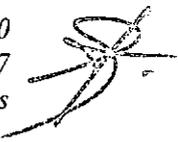
(...)

Un criterio restrictivo como el que revela el pronunciamiento jurisprudencial que se acaba de citar, venía siendo aplicado por la Sala al interpretar el artículo 170 de la Constitución Política anterior, según criterio contenido en auto del 23 de agosto de 1989, del cual fue ponente el Magistrado Gustavo Gómez Velásquez. Más próximos son los pronunciamientos del 26 de marzo de 1996 (M.P. Jorge E. Córdoba Poveda); 21 de febrero del 2001, Rad. 12.308 (M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego); y 18 de julio del 2001, Rad. 11660 (M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote), entre otros.

El criterio del que se hace remembranza ha sido reiterado recientemente, como se puede leer en la sentencia del 6 de abril del 2006 (radicado 20.764), citada en el proyecto original.

En conclusión, para que un comportamiento humano desplegado por un miembro de las fuerzas armadas sea considerado como cometido "en relación con el servicio", debe estar unido a éste de manera muy cercana e inmediata, de tal forma que la ilicitud sea explicada como consecuencia de la extralimitación o del desvío de la función normal y legítima."

El tema tampoco ha sido ajeno a la intervención de los organismos internacionales de justicia, pues, en similar sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Sentencia del 16 de agosto de 2000 –Caso Durand y Ugarte, Perú– señaló, respecto



de la jurisdicción penal militar, que esta "...ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias."

Asevera, de igual manera, que en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y encaminarse a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar<sup>25</sup>.

Bajo estos postulados, la Corte Interamericana considera que la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo y por ello, cuando dicha jurisdicción asume competencia sobre un asunto que ha de conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, con mayor razón, el debido proceso, el cual, a su vez,

---

<sup>25</sup> Sentencias del 18 de agosto de 2000 (Caso Cantoral Benavides – Perú), 6 de diciembre de 2001 (Caso Las Palmeras – Colombia), 5 de junio de 2004 (Caso 19 Comerciantes – Colombia), 25 de noviembre de 2004 (Caso Lori Berenson Mejía - Perú), 15 de septiembre de 2005 (Caso de la Masacre de Mapiripán – Colombia), 22 de noviembre de 2005 (Caso Palamara Iribarne –Chile), 31 de enero de 2006 (Caso de la Masacre de Pueblo Bello – Colombia), 26 de septiembre de 2006 (Caso Almonacid Arellano y otros –Chile), 29 de noviembre de 2006 (Caso La Cantuta (Perú), 11 de mayo de 2007 (caso de la Masacre de La Rochela), 4 de junio de 2007 (Caso Escué Zapata – Colombia) y 4 de julio de 2007 (Caso Zambrano Vélez y otros – Ecuador).



se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. Ello por cuanto el juez encargado del conocimiento de una causa, debe ser competente, independiente e imparcial.

Los argumentos plasmados en líneas precedentes, sumados al conjunto jurisprudencial traído a colación, obliga significar la absoluta coincidencia entre los pronunciamientos de esta Corporación, la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto, enseñan que es absolutamente excepcional el fuero militar, con aplicación eminentemente restrictiva –no puede existir ninguna duda entre la relación de la conducta con el servicio– y sin posibilidad de actuación de la justicia castrense cuando lo ejecutado comporta un delito de lesa humanidad.

## 7.2 El caso concreto

De conformidad con las reglas trazadas en precedencia, la Sala advierte que, en efecto, la muerte de *Hildegard María Feldman* y *José Ramón Rojas Erazo*, en la casa de este último; y, de *Hernando García Zambrano* cuando por causa de las heridas trataba de protegerse en un improvisado refugio, así como las lesiones que sufrió *Luz Marina Erazo*, el 9 de septiembre de 1990 en la vereda El Sande del municipio de Santa Cruz de Guachavés, de ninguna manera pueden considerarse actos



propios del servicio o consecuencia de éste, en lo que corresponde a la Fuerza Pública y particularmente en relación con la actuación de los militares **NÉSTOR ARMANDO BELTRÁN DUSSAN, WILSON ALBERTO CONDE CHILITO, ROBINSON GUILLERMO QUIROZ CORREA, CARLOS ALBERTO CARDONA NAVIA, JULIO CÉSAR CAICEDO ANGULO, TEMÍSTOCLES BALANTA CARABALÍ, HERNÁN VARONA LIZCANO, JORGE DELGAR PARRA HERNÁNDEZ, GUSTAVO ADOLFO CAICEDO, LUIS EDUARDO MORA CAICEDO, OMAR EDUARDO ÁLVAREZ MORA, JOSÉ ELDES CAICEDO, LUIS CARLOS ASPRILLA MOSQUERA, WALTER HERNÁNDEZ RAMÍREZ, LUIS EDGAR MONTAÑO VALENCIA y ABEL CHILLAMBO GODOY.**

Esa afirmación deviene no solo de haberse determinado que lo ocurrido vulneró normas precisas de la Convención Americana de Derechos Humanos, dentro de las cuales se destacan los derechos a la vida (artículo 4) y a la integridad personal (artículo 5), como lo señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sino que ello operó completamente ajeno a la tarea que en guarda de las instituciones y del bienestar de los asociados, constitucional, legal y reglamentariamente le ha sido deferida a la Fuerza Pública y, particularmente, al Ejército Nacional.

De la revisión minuciosa efectuada al proceso seguido por la Justicia Penal Militar, resulta incontrovertible que los soldados



recibieron del Puesto de Mando Unificado, el 27 de agosto de 1990, la orden No. 091-GMECA-90, en la que se planteó la siguiente "SITUACIÓN":

"a. *Enemigo*

*En los Municipios de BARBACOAS, RICAURTE, PIEDRANCHA, TÚQUERRES, SANTA CRUZ DE GUACHAVEZ (sic), SAMANIEGO, SOTOMAYOR, LINARES y los Corregimientos de BALALAICA, YASCUAL, SANTA ROSA, PROVIDENCIA, la actitud de las cuadrillas de antisociales que integran el XXIX y VIII frente de las FARC, con posible desdoblamiento en los sectores enunciados han incrementado los asaltos y ataque terroristas a dichas poblaciones y se han concentrado durante los últimos quince días en áreas críticas a saber:*

(...)

ÁREA CRÍTICA No. 3:

*La comprendida desde el municipio de GUACHAVEZ (sic), sectores de YACUAL, BALALAICA, PROVIDENCIA, MANCHAG, SANTA ROSA, CARTAGENA, EL EDÉN OLAYA, PIROMA, RÍO SALADO, RÍO GUADROHUMA, RÍO SÁBALO, hasta la entrada al municipio de SAMANIEGO, área la cual fue tomada por un grupo de bandoleros del XXIX frente de las FARC, quienes atacaron en forma simultanea secuestrando Agentes de Policía y dinamitaron os puestos de Policía y donde vienen ejerciendo proselitismo acelerado.*

ÁREA CRÍTICA No. 4:

*Municipio de SAMANIEGO, EL ARCHIDUQUE, TROYA, TANAMA, BOLÍVAR, RÍO CRISTAL, EL DECIO, SANDES, EL VERGEL, CERRO NEGRO, LA LLANADA, hasta el municipio de SOTOMAYOR, área donde se tiene conocimiento de la*



*presencia y radicación del XXIX frente de las FARC, quienes tienen como centro de operaciones."*

La "MISIÓN" encomendada a los integrantes del Ejército Nacional, se presentó en los siguientes términos:

*"El Grupo de Caballería Mecanizado No. 3 GENERAL JOSÉ MARÍA CABAL a partir del 27-AGO-90, conduce operaciones de Contraaguerrillas en las Áreas Críticas de la jurisdicción asignada No. 1, 2, 3, 4 y 5 para ejercer Control Militar de Área, localizar, capturar o destruir a las cuadrillas de bandoleros que operan en la región."*

Específicamente se les encomendó a los militares:

*"(c) Una contraaguerrilla al mando del señor ST. OTÁLORA AMAYA GERMÁN, ocupa Área Crítica No. 03.*

*(...)*

*(4) BATALLÓN C/G NUMANCIA*

*(a) Una Contraaguerrilla (2-6-36) ocupa Área Crítica No. 04."*

Y, luego, en la orden se expone el "propósito fundamental" de la operación:

*"El propósito fundamental de esta operación es el aislamiento de las cuadrillas para evitar que reciban apoyo de la población civil y facilitar así su destrucción. Esto requiere un*



*esfuerzo de Inteligencia de Combate y sobretodo un excelente trato tanto a las propias tropas como a la población civil."*

Tal mandato se concretó, para el caso de los implicados, en la orden fragmentaria No. 01-GMCAB-90 del 5 de septiembre de 1990, en la que se señaló:

"3. EJECUCIÓN: a. CONCEPTO DE LA OPERACIÓN: CONSISTE EN EFECTUAR UN DESPLAZAMIENTO POR PARTE DE LA CONTRAGUERRILLAS ARCO-3 Y ESPINA, SIGUIENDO LA RUTA GUACHAVEZ (sic)-MANCHAG-CONCORDIA-EL SANDE; UNA VEZ ALLÍ APLICACIÓN DEL PLAN PESCA Y EJERCER CONTROL MILITAR DE ÁREA PARA LOCALIZAR, CAPTURAR O DESTRUIR ELEMENTOS ARMADOS DEL XXIX FRENTE DE LAS FARC, QUE ACTÚAN EN EL ÁREA GENERAL DEL MUNICIPIO DE SANTA CRUZ DE GUACHAVEZ (sic). (...) 5. MANDO Y COMUNICACIONES: a. MANDO: EL MANDO DE LA CG. ARCO-3 LO LLEVA EL SEÑOR ST. OTÁLORA AMAYA GERMÁN, EL MANDO DE LA CG. ESPINA LO LLEVA EL SEÑOR TE. BELTRÁN DUSSAN NÉSTOR (...)."

Las circunstancias planteadas en la orden de operaciones, hacían necesaria la intervención del Ejército Nacional, puesto que se había reportado la presencia en la región de miembros de las FARC, dedicados al asalto, a los atentados terroristas, ataques a las estaciones de policía y al secuestro. Efectivamente se demostró que los guerrilleros estaban en El Sande, hasta donde llegó el grupo del Ejército Nacional que tenía a cargo cumplir la misión en esa área.



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written in a cursive style.

Sin embargo, los militares arribaron al caserío de forma sorpresiva y, sin distinción, atacaron a la población civil, pretextando repeler un ataque de la subversión que ninguna resistencia representaba dadas las circunstancias en las que se encontraban, es decir, bañándose en el río.

No se discute, porque es factible admitir que el centinela asignado por los guerrilleros hubiese abierto fuego al percatarse de la presencia de la tropa y, ante esa circunstancia la reacción de la fuerza pública fue absolutamente legítima y ajustada a su función, cuando dieron de baja al subversivo; empero ese acontecimiento no se compadece con lo narrado por los uniformados, argumento que sin reservas admitió la justicia penal militar, en el sentido de que el ataque provenía de muchos frentes y específicamente de posiciones privilegiadas, en especial desde la casa de *José Ramón Rojas Erazo*.

Son múltiples las evidencias que permiten corroborar el proceder irregular de los militares con los habitantes de El Sande. Así, *María del Carmen Guelga* declaró que ese día "...apareció el Ejército, o sea que no sabía que era el Ejército echando bala a las casas, llegaron a la casa mía y nos salimos corriendo...", versión que corroboraron los profesores *Luis Augusto Morán Andrade* y *José Antonio Rodríguez Cerón*, al referir que vieron cuando los soldados rompían los vidrios de la escuela y abaleaban sus instalaciones destrozando el techo. Incluso, aseguran que



dispararon contra *Julio Ortega*, mientras éste corría, porque se asustó al escuchar el tiroteo, sin que resultara herido.

No se trata de narraciones caprichosas, porque la forma como se desarrollaron los hechos, de acuerdo con lo que explicaron los residentes del caserío, permite establecer que el operativo también se dirigió contra los civiles, a quienes señalaron de ser guerrilleros y amenazaron de muerte; los obligaron a reunirse —tendidos en el piso— en una cancha para que soportaran sin protección una fuerte lluvia, para luego recluirlos en la capilla en donde debieron pasar la noche, incluso los niños, las mujeres y los ancianos, sin abrigo ni alimentos. Algunos fueron obligados a trasladar los cadáveres y sepultarlos.

Llama la atención, por la extrema insensibilidad, que se le impidiera a *Luis Antonio Torres* auxiliar a su esposa minusválida, advirtiéndole que ella debía valerse por sí misma; y que al hijo menor de esta pareja, *Camilo de Jesús Torres Pantoja*, previa intimidación de matar a su padre si no cumplía con un encargo, lo forzaran para que, a pie durante doce horas, se desplazara hasta la base militar de Samaniego y le entregara un documento al comandante de esa delegación.

El ataque, en fin, no fue dirigido únicamente contra el vigía de la guerrilla y la casa de *José Ramón Rojas*, puesto que *Hernando García Zambrano* estaba junto con su esposa *María*



Graciela Álvarez Pantoja en otro punto del poblado, concretamente en casa de *María del Carmen Guelga y Segundo Abigail García*, cuando comenzó el "operativo", a consecuencia del cual, debido a que estaban disparando contra esa residencia, huyeron por la parte de atrás buscando refugio cerca al río. En esas, fue herido *Hernando García* en una de sus piernas.

Entre tanto, *Luz Marina Erazo* y su esposo *Miguel Ángel Álvarez* se dirigían a visitar a un pariente, lejos de la casa de *José Ramón Rojas*, cuando la mujer fue impactada por un proyectil de arma de fuego.

Entonces, en un sitio estaban la religiosa *Hildegard María Feldman* y *José Ramón Rojas*, en uno diferente *Hernando García* y en otro *Luz Marina Erazo*.

Resulta más significativo que los guerrilleros, en número aproximado de quince, tal como con detalle lo declaró la menor *Gladis Concepción Rojas Leyton*, estaban en el río y ya los soldados habían dado de baja al centinela. En esas condiciones ningún objeto tenía disparar contra los civiles en varias direcciones, puesto que era absolutamente previsible el resultado lesivo que se produjo.



Las descripciones que hizo *Gladis Concepción Rojas Leyton* se extendieron a especificar el tema de la conversación que sostenían instantes previos a la muerte, su padre y la religiosa.

A lo anterior debe agregarse que desde la casa de *José Ramón Rojas* no atacaron a los militares, porque —se itera— los insurgentes estaban lejos de ese sitio —en el río— y el hecho de que dejaran abandonadas sus armas es indicativo de que no las estaban portando y mucho menos accionando, pues de acuerdo con el reporte de material incautado, los militares hallaron cuatro (4) fusiles, cuatro (4) carabinas, dos (2) escopetas, una (1) subametralladora y un (1) revólver; dos (2) granadas; mil doscientos treinta y cinco (1.235) cartuchos, estopines y mecha lenta; cuarenta y un (41) porta proveedores, trece (13) cinturones reatas, quince (15) camisas de la Policía Nacional, tres (3) camisas del Ejército Nacional, diez (10) pantalones de la Policía Nacional, un (1) pantalón del Ejército Nacional, seis (6) gorras y dos (2) sombreros de la Policía Nacional.

El número de armas y uniformes aprehendidos por la fuerza pública respalda la versión de *Gladis Concepción Rojas Leyton*, en el sentido de estar conformada la cuadrilla por aproximadamente quince guerrilleros.

Es claro que los rebeldes no tuvieron tiempo de reaccionar para enfrentar al Ejército Nacional y por eso huyeron del sitio



abandonando esos artefactos. Afirmar lo contrario es negar elementales principios lógicos, porque si los militares afirman que los guerrilleros les disparaban, las evidencias señalan que aquellos no portaban las armas de fuego, porque las habían dejado abandonadas.

*Hernando García* hubo de refugiarse en el río luego de ser herido. Allí, entre unas rocas lo ayudaron a ocultarse *María Graciela Álvarez*, *Segundo Abigail García* y *María del Carmen Guelga*. Estos, a la vez, se refugiaron en una cueva a pocos metros y desde allí, cuando ya había cesado el tiroteo, observaron a tres soldados que recorrían el sector, luego escucharon unos disparos y cuando pudieron reunirse con el resto de su comunidad, se enteraron del deceso de su esposo y amigo —*Hernando García*—, de quien dijo el Ejército que era un guerrillero, que portaba un fusil y que había muerto en combate.

A todos los pobladores de El Sande que declararon en la investigación penal se les interrogó acerca de *José Ramón Rojas* y *Hernando García*, para que informaran sobre sus antecedentes personales, familiares y laborales; y, todos coincidieron en afirmar que se trataba de personas que le servían a la comunidad. Destacaron que eran oriundos de la región, padres de familia, dedicados a la agricultura y la ganadería el primero y a la agricultura y la carpintería el otro, pero que ningún vínculo tenían con la guerrilla y nunca portaban armas.



Sin embargo, al resolver la situación jurídica de los militares implicados, el Juzgado Dieciocho de Instrucción Penal Militar calificó a *Ramón Rojas* de auxiliador de la guerrilla y a *Hernando García* de guerrillero, señalamientos que reprochó el delegado de la Procuraduría, empero sin que impugnara la mencionada providencia.

Así se pronunció al respecto el Agente Especial del Ministerio Público, llamando la atención de la funcionaria judicial con el fin de que le diera el curso correcto al proceso:

*“De otro lado, habré de demostrar mi inconformidad con las aseveraciones que su señoría plasma como verdades incontrovertibles y nos llevan a determinar a RAMÓN ROJAS como auxiliador de los guerrilleros y a HERNANDO GARCÍA como guerrillero, nada más contrario a la verdad, todos los testimonios recibidos de los habitantes de la región, nos dan cuenta que las personas antes mencionadas eran habitantes del lugar, sometidos a la presencia de los sediciosos no por voluntad, sino por presión llámese ésta material o psicológica, pero en todo caso presionados, para ellos el derecho a la vida era más precioso que todos los derechos y así lo consideraron hasta cuando murieron. (...)*

*Deseo preguntar aquí cuáles son los elementos de juicio anteriores a los hechos que permiten determinar indudablemente a RAMÓN ROJAS y a HERNANDO GARCÍA como auxiliador y guerrillero respectivamente.”*

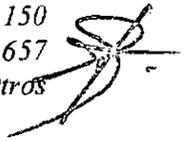
De acuerdo con los hechos que vienen de plantearse, que involucran a los militares tantas veces mencionados, de entrada



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written in a cursive style.

debió advertir la Justicia Penal Militar que los hechos no correspondían a actos propios del servicio o que fuesen consecuencia de éstos y de esa forma facultaran la intervención de esa jurisdicción, pues, debe destacarse que resulta por demás irracional considerar que es deber de los miembros de la fuerza pública o que deriva de las funciones asignadas a los cuerpos armados, ejecutar sin formula de juicio a las personas, aún si se determina que estas atentaron contra los servidores, con mayor razón cuando ya habían cesado los ataques, porque el centinela había caído y los restantes guerrilleros huyeron del sitio, sin que los civiles representaran ningún peligro para los integrantes del Ejército Nacional que debieron deponer cualquier tipo de violencia o fuerza encaminada a doblegar particularmente a los moradores del sector.

Es que, las pruebas, especialmente las testimoniales, enseñan, de acuerdo con lo que se expuso en párrafos precedentes, que la intervención de los militares no se dirigió a someter a los subversivos, a quienes a pesar de haber visto cuando huían del lugar —como lo admitieron varios de los implicados— ni siquiera se preocuparon por perseguir; tampoco a proteger la integridad de los soldados, en cuyo caso podría estructurarse un exceso de fuerza o extralimitación de funciones, sino que —de acuerdo con lo que declararon algunos de los habitantes de El Sande—, su propósito fue avasallar sin distinción a todas las personas que permanecían en el caserío, algunos de las cuales ejecutaron



sumariamente, por considerar guerrillero a uno y simpatizantes o auxiliares, a los otros.

No se trata de que la Corte decida en esta sentencia de revisión si efectivamente la Fuerza Pública y, en concreto, los militares implicados, son o no responsables de los graves cargos que se les atribuyen.

Pero, para definir cuál es la jurisdicción que debió adelantar el trámite investigativo y de juzgamiento, esa evaluación previa de qué es lo investigado, o mejor, cuáles son los hechos por los que ha de adelantarse la investigación, se torna indispensable para advertir la existencia o no del fuero que permita la intervención de la Justicia Penal Militar.

Y si, como lo detallan ampliamente los apartados jurisprudenciales antes citados, la actuación del organismo castrense de justicia opera por vía restrictiva, cuando no quepa duda sobre el particular, la sola relación de que los homicidios atribuidos a la Fuerza Militar operaron a título de ejecución sumaria respecto de personas indefensas, debió servir de pauta suficiente para enervar la intervención del Juzgado de Instrucción Penal Militar y del Comandante de la Tercera Brigada del Ejército Nacional con sede en Cali, en cuanto actuaron como Jueces de Primera Instancia, dado que la llamada a investigar el asunto era necesariamente la justicia ordinaria.



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written over a horizontal line.

Que no se trate aquí de definir la responsabilidad penal, no obsta para que la Corte, dentro de la verificación objetiva que hizo del trámite adelantado por la Justicia Penal Militar, en aras de definir si este fue serio e imparcial, advierta cuando menos digno de credibilidad los testimonios de los habitantes de El Sande, especialmente los de *Rogelia María Leyton de Rojas, Gladis Concepción Rojas Leyton, María Graciela Álvarez Pantoja, Segundo Abigail García, María del Carmen Guelga, Luz Marina Erazo, Miguel Ángel Álvarez, Luis Antonio Torres Bastidas, Luis Augusto Morán Andrade y José Antonio Rodríguez Cerón*, porque a partir de lo que ellos informan, se observa completamente sesgada y parcializada la actuación de los funcionarios de primera y segunda instancias, quienes con una pretensión clara de lograr la impunidad de los miembros de la Fuerza Pública, no solo se abstuvieron de esclarecer los hechos incriminatorios que pusieron en conocimiento los citados declarantes, sino que tomaron de forma aislada y descontextualizada las pruebas recogidas, para darle credibilidad a la versión de los procesados, cuando resulta evidente que éstas son contrarias al devenir fáctico, porque en el afán de justificar su proceder desconocen lo que realmente ocurrió, argumentando que los civiles abatidos estaban involucrados con los guerrilleros y se confabularon para facilitar el ataque contra la tropa.



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Robinson Guillermo Quiroz Correa', written in a cursive style.

Pero de ninguna manera se esclareció por qué si los guerrilleros estaban concentrados en la casa de *Ramón Rojas* y en el río, los militares dispararon en múltiples direcciones, incluso a blancos ubicados a mucha distancia de esa morada y del arroyo; o por qué si se trataba de un combate los subversivos dejaron abandonadas sus pertenencias y especialmente las armas de fuego y las municiones que se suponía estaban utilizando en la refriega; tampoco se aclaró por qué fue manipulada la escena, al extremo de que los oficiales obligaron a los civiles a inhumar los cadáveres, impidiendo verificar en qué circunstancias fallecieron las personas reportadas, especialmente *José Ramón Rojas, Hildegard María Feldman y Hernando García*; y no se investigó el sometimiento de los civiles a tratos degradantes, crueles e inhumanos por parte de la fuerza pública, aspectos que tampoco fueron controvertidos por los sujetos procesales.

Las instancias, por el contrario, descartaron los testimonios de los habitantes de El Sande, orientando la investigación a la hipótesis presentada por los uniformados, según la cual aquellos eran simpatizantes o pertenecían a la guerrilla, al punto que gran parte de los interrogantes formulados por la funcionaria instructora se orientaron a averiguar qué relación tenían los pobladores con la subversión, si sabían de su presencia en el caserío, si asistieron a una reunión con los insurgentes el día de los hechos, qué les habían dicho, qué compromisos adquirieron



con ellos o si tenían conocimiento de que se hospedaban en una casa de propiedad de *Ramón Rojas*.

Inclusive, se insistió en la adscripción de *Hernando García* al grupo guerrillero y su activa participación en el combate, en curso del cual –se afirmó– fue dado de baja, a pesar de que absolutamente todos los declarantes lo señalaron como una persona de la región, de extracción humilde, honesto, jornalero dedicado a la agricultura y a la carpintería, empeñado sólo en velar por el sustento de su familia; y, se excluyó lo informado por todos los testigos, especialmente por los que estaban con él al momento de recibir la primera herida, circunstancia que –se itera– no se produjo en combate, como tampoco su abatimiento, porque a su esposa y amigos les consta haberlo dejado con vida en el rudimentario refugio que le procuraron, hasta donde llegaron los militares para ejecutarlo.

Ninguna consideración le merecieron al Juez de primera instancia los testimonios de *Rogelia María Leyton de Rojas* y de *Gladis Concepción Rojas Leyton*, que aseguraron estar en casa únicamente en compañía de *José Ramón Rojas* (su esposo y padre, respectivamente) de la religiosa suiza y de la enferma a la que estaba prodigando su auxilio, cuando fueron intempestivamente atacados por los militares, porque los guerrilleros que momentos antes habían pasado por allí, se encontraban en el río, con excepción del centinela.



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written over a horizontal line.

Escasa fue la labor del Tribunal Superior Militar, al conocer en grado jurisdiccional de consulta, porque limitó su exposición a reiterar lo dicho por la primera instancia, sin preocuparse por los aspectos relevantes, constituidos por las muertes de los civiles, atendiendo únicamente la versión de los uniformados, a la que, sin reservas, le otorgó absoluta credibilidad sin valorar los testimonios de los habitantes de El Sande, que fueron también testigos directos de los hechos.

La decisión adoptada por las instancias se opone de forma radical a lo que la prueba hasta ese momento recaudada objetivamente informaba.

Por esas razones, la Sala concluye, al igual que lo hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que la Justicia Penal Militar no adelantó una investigación seria e imparcial, se cesó el procedimiento de forma apresurada a favor de todos los implicados, buscando dejar impunes los hechos.

En atención a que las evidencias muestran que esos hechos están definidos como conducta punible en nuestro ordenamiento sustantivo, se corrobora la tesis de que, además de carente de imparcialidad y seriedad, la tramitación adelantada por la Justicia Penal Militar vulneró el principio de Juez Natural, dado que la actuación de los procesados, en los términos descritos por



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written in a cursive style.

los testigos presenciales, de ninguna forma corresponde a actos del servicio, de lo que deriva la clara violación a los derechos humanos, como con elocuencia lo afirmó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en las conclusiones del Informe 15/95 caso No. 11.010 Colombia 13 de septiembre de 1995.

No pueden considerarse actos del servicio los que deliberadamente contrarían el deber constitucional de proteger la vida y la integridad de los asociados, mucho menos cuando con el pretexto de darle cumplimiento a una misión se ataca de forma indiscriminada a la población civil dando de baja a inocentes ajenos al conflicto.

Y, tan conscientes fueron los altos mandos militares de la irregular ejecución llevada a cabo en El Sande, de los desmanes que sus subalternos cometieron contra los sobrevivientes y de la burda manipulación de la escena que, al extender la orden de operaciones fragmentaria No. 09-GMCAB-PDMA-90 del 24 de septiembre de 1990, el Comandante del Puesto de Mando Adelantado del Grupo Cabal, les advirtió expresa y tajantemente a los comandantes de la contraguerrilla: "(7) ENFÁTICAMENTE SE RECALCA EL BUEN TRATO A LA POBLACIÓN CIVIL. (...) (9) EN CASO DE CAUSAR BAJAS AL ENEMIGO SE DEBEN TOMAR FOTOGRAFÍAS Y HUELLAS DACTILARES", amonestaciones que no se habían incluido en las órdenes de operaciones anteriormente relacionadas.



Se insiste, el ajusticiamiento de personas en absoluta indefensión como en el caso de *José Ramón Rojas, Hildegard María Feldman y Hernando García*, desde luego en circunstancias ajenas al combate, no puede considerarse una labor aneja a la función, tampoco una desviación de ésta o una extralimitación, son simplemente actos ajenos al servicio.

Así, es claro que la competencia estaba radicada en la jurisdicción ordinaria y, en cambio, la investigación fue adelantada y prematuramente clausurada por servidores judiciales que no tenían asignada esa función. Irregularidad que tiene efectos trascendentes, en punto de nulidad, como ya lo sostuvo la Corte<sup>26</sup>:

*"No puede desconocerse que la competencia para juzgar es uno de los principios basales del debido proceso que atañe con el principio del juez natural y la organización judicial, expresamente consagrado en el artículo 29 constitucional cuando refiere al juzgamiento ante el "juez o tribunal competente", y esa especial connotación impide al funcionamiento judicial pasar por alto o desconocer tal requisito al asumir el conocimiento de los procesos, o adoptar en ellos decisiones, defecto que de ocurrir, tampoco puede subsanarse sino mediante la declaratoria de nulidad por incompetencia que se advierte en los artículos 304-1 y 305 del Código de Procedimiento Penal (hoy regulados de manera similar, en los artículos 306-1 y 307, de la Ley 600 de 2000, acota la Sala).*

<sup>26</sup> Sentencia del 17 de abril de 1995, Radicado 8.954.



Desde luego que la pérdida de tiempo y de actividad de la jurisdicción derivada de una invalidación es causa de natural desazón, tanto ante el riesgo de fenómenos como la prescripción –en este caso aún distante– como por la inoperancia de una justicia tardía. Más, no por esas solas consideraciones, aun siendo importantes, podría la Corte rehuir el deber oficioso de escudriñar y corregir las irregularidades sustanciales que afecten el proceso, y menos so pretexto de la prevalencia del derecho material, pues no resulta de su arbitrio fallar a voluntad, sino dentro del más estricto ceñimiento a la ley, de la cual emanan tanto el poder coercitivo como sus precisas facultades.

Desde este punto de vista no podrá valorarse la competencia como una simple formalidad legal y menos creerse que su inobservancia se subsane con el silencio, la voluntad de los sujetos procesales, o la indiferencia de los funcionarios, pues sin ella el valor jurídico de las decisiones se verá permanentemente interferido por la ilegitimidad representada en la suplantación del juez natural, verdadero detentador del poder conferido por el Estado para juzgar. Desde otro aspecto, la tesis de que el juez de mayor jerarquía, por ser más capacitado puede asumir competencias asignadas a su inferior, no solo es arbitraria y opuesta a la ley, sino que irremediablemente lleva al riesgo de abolir en la práctica toda la estructura organizativa jurisdiccional, y de paso el principio de la doble instancia.

El derecho a ser juzgado “conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, es además una garantía de rango superior que no accidentalmente se consagra en la Carta sino de modo coherente con compromisos suscritos por Colombia en el ámbito internacional, sin que pueda válidamente sostenerse que haya dentro de la Constitución Política preceptos de mayor jerarquía (en este caso por vía de ejemplo el de la efectividad del derecho sustancial que se consagra en el artículo 228 superior) frente a otros, pues ello implicaría el



desconocimiento de la naturaleza armónica de esas normas supremas y de la doctrina constitucional de invariable arraigo en nuestro derecho, según la cual todos los preceptos de la Carta se integran, complementan y sirven recíprocamente para su interpretación más adecuada y certera.

Así, entonces, mal puede sostenerse que so pretexto de la operancia del derecho sustancial sobre las formas puedan sacrificarse principios como el de legalidad, o el del juez natural, pues no resulta difícil comprender que la operancia de aquel imperativo práctico de eficacia sólo puede realizarse al interior de un proceso debido y no mediante la adopción de decisiones arbitrarias de cualquier funcionario incompetente.

En otros términos, valga apuntar que lo importante para un Estado de derecho no es el que se emitan muchos fallos de condena, sino que éstos se produzcan con respeto pleno de los principios y las garantías constitucionales que son el presupuesto de legitimidad de las decisiones judiciales, y cuyo extrañamiento, así fuese por motivos de conveniencia o pragmatismo, tomarían el ejercicio del poder del juez en prototipo de arbitrariedad y tiranía.

Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en el segundo de los apartes del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, y sin que por lo dicho pueda entrar la Sala al estudio de la demanda presentada, procederá a casar oficiosamente la sentencia de segunda instancia, y en su lugar a declarar la nulidad de lo actuado a partir inclusive, del auto por medio del cual se declaró cerrada la etapa instructiva, previendo la remisión del expediente al funcionario que corresponda de conformidad con los artículos 120-1 y 127 del Código de Procedimiento Penal"

Criterio que, por lo demás, ha sido reiterado sin modificaciones por esta Corporación<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Véase, entre otros, Auto del 17 de agosto de 2006, Rad. 22.135.



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Quiroz Correa', written in a cursive style.

No sobra anotar, que además de la ostensible vulneración al debido proceso y al principio del juez natural, también la irregularidad afectó los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, en atención a que, como lo han expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional, y lo ha acogido esta Corporación, las garantías judiciales adquieren una connotación bilateral, esto es, se asumen válidas en el mismo plano de igualdad, para el procesado y la víctima.

Desbordadas jurisdicción y competencia, y verificada la violación evidente de las garantías de seriedad e imparcialidad en la investigación, como ampliamente se anotó en precedencia, la única solución a la mano tratándose de la violación a una garantía constitucional, incluso de oficiosa declaración, es la de decretar la nulidad de lo actuado.

Y es así, porque se ha demostrado efectivamente estructurada la causal de revisión consagrada en el numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, es decir, el "...incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente..." la violación de los derechos a la vida, a la integridad física, a las garantías judiciales y a la protección judicial.



### 7.3. Momento desde el cual opera la nulidad.

La Sala, en relación con el momento a partir del cual debe declararse la nulidad, ha sostenido lo siguiente<sup>28</sup>:

*“Sobre el punto, ya la Sala ha manifestado en ocasiones anteriores su posición, señalando que la potestad del funcionario instructor competente, se materializa trascendente en la posibilidad de cerrar la investigación y formular la acusación, actos que no pueden ser ejecutados legítimamente por persona distinta.*

*Ahora, si se atendiese a que lo adelantado en la etapa instructiva, dentro de los parámetros contemplados en el Código Penal Militar, impide al procesado acceder a beneficios tales como los de colaboración con la justicia y sentencia anticipada, es necesario señalar que con la decisión invalidatoria operada a partir del cierre investigativo, se protegen los derechos del encartado, en tanto, aún es posible que, de quererlo, haga las solicitudes pertinentes sobre el particular y obtenga las rebajas punitivas o beneficios judiciales que ello pareja.*

*Al respecto, estableció la Corte<sup>29</sup>:*

*“Por tanto, oficiosamente se casará el fallo de segundo grado y se dispondrá la invalidación de la actuación desde la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada - fl. 85, cuaderno original-, acto procesal que en el trámite abreviado resulta equivalente a la resolución de acusación y que exige como requisito previo la competencia del Fiscal instructor que la profiere, de la cual como ya se precisó, carecía el Delegado ante el Juez Penal del Circuito de Chocontá.*

<sup>28</sup> Sala de Casación Penal, Rdo. 26.077 y 31.195, respectivamente.

<sup>29</sup> Auto del 17 de agosto de 2006, Rad. 21.923.



Lo anterior teniendo en cuenta que la jurisprudencia de esta Sala ha sido uniforme y reiterada en abstenerse de extender hasta los inicios de la actuación los efectos invalidantes que genera la incompetencia del fiscal instructor, decisión reservada sólo para aquellos eventos que comprometen el desconocimiento del fuero por razón del cargo dada su naturaleza puramente objetiva -Cfr. Sentencias del 18 de septiembre de 1996, radicado 9.9.96; 13 de marzo de 1997, radicado 9592; 16 de mayo de 2001, radicado 13004, 6 de marzo de 2003, radicado 17550, entre otras (subrayas ajenas al original)."

Precisamente, sobre este particular, la Corte ha limitado la invalidación total de lo adelantado en la fase instructiva, a los casos específicos en los que, contando con fuero la persona, la investigación se adelantó por funcionario instructor incompetente. Así se ha dejado sentado pacífica y reiteradamente, entre otras decisiones, en Sentencia del 21 de febrero de 2002, Radicado 15234, cuya parte pertinente reza:

"Al respecto la Sala, de manera reiterada ha sostenido, que si ab inicio se establece que se trata de persona aforada y no obstante lo cual, un funcionario incompetente dicta resolución de apertura de instrucción, recibe indagatoria y practica pruebas, lo único inválido será aquella decisión y la indagatoria, pero no los restantes medios de convicción, los que conservan su validez y se entienden incorporados a las diligencias de indagación preliminar.<sup>30</sup>"

En los demás casos, la Corte ha establecido el límite a partir del cual, en la instrucción, se entiende pasible de saneamiento la actuación cuando ella ha sido surtida por funcionario incompetente.

<sup>30</sup> Ver, entre otras única instancia 13806, auto junio/98; casación 9412 noviembre 5/96 y 9842 octubre 8/97.



Así lo dijo en decisión del seis de mayo de 2001, en el radicado 13.004:

*“Se casará el fallo, entonces, de acuerdo a como lo solicitan los Procuradores Delegados ante el Tribunal y la Corte. Y la invalidación será, inclusive, desde la orden de celebrar la audiencia de aceptación de cargos, dispuesta por el Fiscal 13 Seccional de Fusagasugá al finalizar la ampliación de indagatoria de POLO MILLAN (fl. 101 c. principal). Dicha determinación, en cuanto acto de preparación de la calificación del sumario (el cual tiene lugar en la respectiva audiencia en virtud de la equivalencia legal prevista en el artículo 37B-2 del C. de P.P.) supone la competencia del Fiscal instructor, de la cual carecía el Delegado ante el Juez Penal del Circuito del municipio anotado.*

*No existe ninguna razón para acceder a la invalidación de toda la actuación, que fue lo que solicitó el Procurador Delegado en su concepto. Uno de los fines de la investigación es el esclarecimiento de los hechos y naturalmente la determinación de si se ha infringido o no la ley penal, por lo que los actos de instrucción orientados a esa finalidad se consideran válidos ante la eventualidad de que como producto de los mismos se genere una conclusión de cambio de competencia. La jurisprudencia de la Sala ha sido reiterada al respecto y ha considerado que sólo es viable extender el vicio de incompetencia al auto de apertura de la instrucción en casos de fuero por razón del cargo, en atención a que en los mismos el privilegio se deriva de una circunstancia puramente objetiva, que como tal se puede advertir antes de la iniciación del proceso.<sup>31</sup>”*

*Por último, en auto del 10 de agosto de 2005, Radicado 23871, esta Corporación señaló:*

*“a) El Tribunal declaró la nulidad de la acusación, pues consideró que la conducta que recogía lo relacionado con el*

<sup>31</sup> . Cfr. Sentencia del 18 de septiembre de 1996, Rad. 9.9.96.



*arma de uso privativo de la fuerza pública era el porte, no la conservación, y que, por tanto, la calificación solo la podía proferir el fiscal seccional (competente para conocer del porte) y no el especializado (a quien la ley le asignó la conservación).*

*Pero olvidó que el acto de clausura exige plena competencia, porque si bien cualquier delegado de la fiscalía puede instruir, solo en quien recaigan todos los factores de competencia está habilitado para ordenar el cierre.”*

*Evidenciado que el asunto ahora sometido a examen, no comporta el presupuesto de tratarse de persona aforada el encartado –todo lo contrario, como se ha referenciado a lo largo de esta providencia-, la decisión de nulidad no tiene por qué abarcar la investigación en su desarrollo, sino apenas los momentos procesales en los cuales se demanda de competencia objetiva del fiscal, vale decir, el cierre instructivo y consecuente calificación del mérito de la instrucción.*

*No son necesarias mayores precisiones, dada la claridad de lo antes reseñado, tornándose imperiosa la declaratoria de nulidad a partir del auto de cierre investigativo, inclusive, pues, no fue el fiscal competente quien emitió esta providencia y la calificatoria, ni era del resorte del Juzgado de Primera Instancia, Comando de Policía Bacatá, adelantar la fase de enjuiciamiento.”*

En el caso concreto debe invalidarse la actuación a partir, inclusive, de la resolución del 8 de mayo de 1991, por la que se declaró cerrada la investigación, en acatamiento de la posición jurisprudencial que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en relación con el momento desde el cual opera la nulidad que se decretará.



## 9. De la prescripción.

Tiene definido la jurisprudencia de la Corte<sup>32</sup>, de manera unánime, al explicar el tema de la contabilización del término prescriptivo de la acción penal, una vez se dispone la revisión de un diligenciamiento, lo siguiente:

*“1. Ejecutoriada una sentencia condenatoria, decae cualquier posibilidad de prescripción pues el proceso ha concluido dentro de los lapsos establecidos en la ley. Es decir, resulta inocuo, a partir de allí, pensar en la posibilidad de tal fenómeno extintivo de la acción.*

*2. Si se acude a la acción de revisión, entonces, no opera el fenómeno de la prescripción por cuanto se trata de reexaminar un proceso ya terminado.*

*3. Si la acción prospera y se retorna el asunto a una fase pretérita que incluya la caída de la sentencia, es decir, anterior a la ejecutoria de la misma, no es posible reanudar, para proseguir, el término de prescripción contando el tiempo utilizado por la justicia para ocuparse de la acción de revisión, precisamente porque el fallo rescindente no ‘prolonga’ el proceso ya finiquitado, sino que da lugar a un ‘nuevo proceso’.*

*4. Por consiguiente:*

*4.1. Si respecto del fallo –obviamente en firme– se interpone la acción de revisión, no opera para nada la prescripción.*

<sup>32</sup> Cfrt. Sala de Casación Penal. Sentencias del 15 de junio de 2006. Rad. 18769, 1 de noviembre de 2007 Rdo. 26.077, 24 de febrero de 2010 Rdo. 31.195, 22 de junio de 11 Rad. 32407 y 3 de agosto de 2011 Rdo. 28477



4.2. Durante el trámite de la acción en la Corte o en el Tribunal, tampoco se cuentan términos para efectos de la prescripción.

4.3. Si la Corte o el Tribunal declaran fundada la causal invocada y eliminan la fuerza de la sentencia, con lo cual, en general, se dispone el retorno del proceso a un estadio determinado, tampoco es posible adicionar el tiempo que ocupó el juez de revisión al tiempo que ya se había obtenido antes de la firmeza del fallo, para efectos de la prescripción, como si jamás se hubiera dictado.

4.4. Recibido el proceso por el funcionario al cual se le adjudica el adelantamiento del nuevo proceso, ahí sí se reinician los términos, a continuación de los que se habían cumplido hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.

El motivo, se repite, es elemental: la acción de revisión es un fenómeno jurídico extraordinario que si bien puede romper la inmutabilidad e irrevocabilidad del fallo, no afecta otros temas, entre ellos el de la prescripción” (subrayas fuera de texto).

Habiéndose definido el tema de la prescripción, la Corte ordenará que se envíe lo actuado a la Fiscalía General de la Nación, a efectos de que de inmediato designe el funcionario adscrito a la Dirección de Fiscalías de Nariño, que ha de encargarse de adelantar el trámite del asunto a partir del momento en que tiene efectos la nulidad decretada, vale decir, desde el cierre de la investigación, inclusive, decretado el 8 de mayo de 1991<sup>33</sup> por el Comandante de la Tercera Brigada del Ejército Nacional, con sede en Cali.

<sup>33</sup> C. No. 2, fol. 662.



En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

1. **DECLARAR** fundada la causal cuarta de revisión invocada a favor de las víctimas.

2. **DEJAR SIN EFECTO** las providencias de primera y segunda instancias, proferidas por el Comandante de la Tercera Brigada del Ejército con sede en Cali, el 17 de mayo de 1991 y el Tribunal Superior Militar, el 4 de julio de 1991, por medio de las cuales se decretó la cesación de procedimiento a favor del Teniente **NÉSTOR ARMANDO BELTRÁN DUSSAN**, el Cabo Primero **WILSON ALBERTO CONDE CHILITO**, y los Soldados **ROBINSON GUILLERMO QUIROZ CORREA**, **CARLOS ALBERTO CARDONA NAVIA**, **JULIO CÉSAR CAICEDO ANGULO**, **TEMÍSTOCLES BALANTA CARABALÍ**, **HERNÁN VARONA LIZCANO**, **JORGE DELGAR PARRA HERNÁNDEZ**, **GUSTAVO ADOLFO CAICEDO**, **LUIS EDUARDO MORA CAICEDO**, **OMAR EDUARDO ÁLVAREZ MORA**, **JOSÉ ELDES CAICEDO**, **LUIS CARLOS ASPRILLA MOSQUERA**, **WALTER HERNÁNDEZ RAMÍREZ**, **LUIS EDGAR MONTAÑO VALENCIA** y **ABEL CHILLAMBO GODOY**, por el concurso homogéneo y sucesivo de



tres homicidios en concurso heterogéneo con un delito de lesiones personales, en los cuales se segó la vida de **Hildegard María Feldman**, **José Ramón Rojas Erazo** y **Hernando García Zambrano**, y se afectó la integridad física de **Luz Marina Erazo**, así como la actuación surtida a partir, inclusive, de la resolución del 8 de mayo de 1991, por cuyo medio el Comando de la Tercera Brigada del Ejército, cerró la investigación.

3. **REMITIR** el proceso a la Fiscalía General de la Nación, para lo pertinente, conforme lo relacionado en la parte motiva.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ

JOSE LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO A. CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO BALAZAR OTERO

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

22 MAY 2013

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Página 150 de 150

Acción de Revisión No. 36.657

ROBINSON GUILLERMO QUIROZ CORREA y Otros

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Robinson Quiroz Correa', written in a cursive style.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Nubia Yolanda Nova Garcia', written in a cursive style.

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria